

**DESARROLLO DE LA CUENTA CORRIENTE COMERCIAL Y BANCARIA
EN COLOMBIA**

PAOLA ANDREA MEDRANO RODRIGUEZ

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

ABRIL 2009

**EL DESARROLLO DE LA CUENTA CORRIENTE COMERCIAL Y BANCARIA
EN COLOMBIA**

PAOLA ANDREA MEDRANO RODRIGUEZ

Trabajo de grado para optar por el título de Abogado

Asesor de Investigación:

Doctora TANIA GUILLOT

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA CUC

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

2009

AGRADECIMIENTOS

Le dio gracias a Dios por darme la vida y la fuerza para no olvidar mis metas.

A mi madre Maria Elena Rodríguez, por apoyarme incondicionalmente, por sus esfuerzos, sacrificio y amor.

A mi esposo Edgar Cano y mi hijo Edgar David Cano, por su amor, comprensión, motivación y paciencia.

A mi tia Geovela Rodríguez, por su apoyo y amor a lo largo de mi vida.

Un especial agradecimiento a la doctora TANIA GUILLOT, quien con su calidad humana y conocimientos me enseñó el camino a seguir.

A la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de la Costa, guiada de la mano de mano de nuestro querido y admirado decano Doctor ALFREDO PEÑA SALOM, quien con su cuerpo docente me brindo los conocimientos que han hecho de mí la profesional que hoy soy.

A todos mis amigos que de una u otra forma me apoyaron para realización de este trabajo de grado.

NOTA DE ACEPTACIÓN

PRESIDENTE DEL JURADO

JURADO

JURADO

Barranquilla, abril de 2009

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	10
0.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
0.1.1 Enunciación del problema	14
0.1.2 Formulación del problema	15
0.2 JUSTIFICACIÓN	16
0.3 OBJETIVOS	17
0.3.1 Objetivo general	17
0.3.2 Objetivos específicos	17
0.4 DELIMITACIONES	18
0.4.1 Delimitación temática	18
0.4.2 Delimitación geográfica	18
0.4.3 Delimitación espacial	18
0.4.4 Terminio de la investigación	18
0.5 METODOLOGIA	18
0.5.1 Tipo de estudio	18
0.5.2 Método de estudio	19
1. HISTORIA DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA Y MERCANTIL	20

1.1 CUENTA CORRIENTE MERCANTIL	22
1.2 CUENTA CORRIENTE BANCARIA	24
1.3 NATURALEZA JURIDICA	30
1.4 DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA Y MERCANTIL	31
1.4.1 El contrato de cuenta corriente mercantil	32
1.4.2 Cuenta corriente bancaria	32
2. CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA	35
2.1 CARACTERISTICAS	35
2.2 OBLIGACIONES DEL CUENTACORRENTISTA	37
2.3 OBLIGACIONES DEL BANCO	39
2.3.1 Suministrar chequeras a su clientela	39
2.3.2 Obligación de devolver los cheques	40
2.3.3 Recepcionar los depósitos o consignaciones	41
2.3.4 Llevar la relación de la cuenta	45
2.3.5 Comunicar y devolver los chequea consignados y no pagados	46
2.3.6 Mantener la reserva bancaria	46
2.3.7 Pagar los cheques girados por el cuentacorrentista	49
2.4 APERTURA DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE	54
2.4.1 Capacidad del cuenta correntista	55
2.5 EL CHEQUE INSTRUMENTO DE LA CUENTA CORRIENTE	61

BANCARIA	
2.5.1 Forma material del cheque	62
2.5.2 Formularios de cheques	64
2.5.3 Clases de cheques	67
2.5.4 Requisitos del cheque	75
2.5.5 Circulación del cheque	76
2.5.6 Presentacion para el pago	80
2.6 CIERRE DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE	84
2.7 DIFERENCIA ENTRE CIERRE Y TERMINACIÓN	86
2.8 SANCION PO NO PAGO DE CHEQUES	86
2.9 RESPONSABILIDAD BANCARIA POR PAGO DE CHEQUES	87
FALSOS O ADULTERADOS	
2.10 EMBARGO DE LAS CUENTAS CORRIENTES BANCARIAS	89
 3 CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE MERCANTIL	 93
3.1 Concepto del contrato	93
3.2 Función económica y utilidad	94
3.3 Distinciones necesarias entre el contrato de cuenta corriente mercantil y bancaria	95
3.4 NATURALEZA JURIDICA	96
3.5 CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE	97
3.6 LAS REMESAS DE LAS PARTES	99
3.7 FACULTATIVIDAD, LIBERTAD Y RECIPROCIDAD DE LAS REMESAS	100

3.8 EFECTOS DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE	102
MERCANTIL	
3.8.1 Transformación de las remesas	102
3.8.2 No hay efecto novatorio en la inscripción de la cuenta corriente	103
3.8.3 La compensación	106
3.8.4 Indivisibilidad de la cuenta corriente	106
3.8.5 Productividad de intereses	108
3.8.6 Inaplicabilidad de las reglas sobre la imputación de los pagos	108
3.9 CIERRE DE LA CUENTA	109
3.10 TERMINACION DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE	112
4. LEX MERCATORIA	114
4.1 CONFORMACION DE LA LEX MERCATORIA	114
4.2 LA LEX MERCATORIA Y LOS PRINCIPIOS PARA LOS	122
CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES	
4.2.1 Contenido de la lex mercatoria	123
5. CONCLUSIONES	129
BIBLIOGRAFIA	131
AYUDAS BIBLIOGRAFICAS	133

RESUMEN

Esta investigación tuvo como propósitos estudiar y conocer el desarrollo de la de las cuentas corrientes comercial y bancaria en Colombia. Desglosar la normatividad vigente analizando su estructura. Este estudio es de carácter comparativo, por lo que se utilizó el método descriptivo. En conclusión las cuentas corrientes comercial y bancaria, son un tipo contractual de gran importancia entre los comerciantes y de estos a los que no lo son, ya que con ellas sus relaciones comerciales se desarrollan mas fácilmente y con mayor seguridad, es tan importante la labor que ellas cumplen debido a que contribuyen a un mas rápido desarrollo de los actos de comercio, por la confianza que existe en el sector bancario tratándose de cuenta corriente bancaria, como valor agregado de que todos los bancos están sometidos a la vigilancia del estado a través de la súper financiera y cuando se trata de la cuenta corriente mercantil este tipo contractual se desarrolla entre personas las cuales por su grado de confianza y seriedad en sus relaciones comerciales, facilitan el desarrollo de las mismas.

PALABRAS CLAVES: desarrollo de las cuentas corriente comercial y bancaria en Colombia.

0 INTRODUCCION

En el mundo de hoy, cada vez más se consolida la utilización del sector financiero, por la agilidad y confianza que brinda a sus usuarios, como fundamento de la existencia misma de las instituciones bancarias, está la necesidad creciente de las personas naturales y jurídicas de que sus transacciones comerciales y de negocios sean rápidas, seguras, que generen confianza, credibilidad. Para darle vida a estas relaciones, nacen los contratos de cuenta corriente dentro de los cuales se encuentra el contrato de cuenta corriente bancario, así mismo por fuera del sector financiero nace con base en la actividad mercantil desarrollada y perfeccionada a través de los años, el contrato de cuenta corriente mercantil, ambos de gran utilidad para comerciantes y empresarios en el manejo de sus actividades comerciales, claro está como toda clase de contratos generan grandes efectos entre los contratantes que se deben cumplir para el correcto desarrollo de los mismos.

Por su gran importancia estos contratos se encuentran regulados normativamente, sometidos a control y vigilancia del Estado, en el caso del contrato de cuenta corriente bancario, la aplicación de estos contratos trascienden los límites nacionales y se enmarcan dentro del ámbito de la economía global, por lo cual se amplía el marco donde pueden actuar quienes utilizan este tipo de contratos.

En este trabajo busco mostrar y hacer accesible la información doctrinal y normativa que hay sobre estos contratos, analizando su inicio, desarrollo y terminación, estudiando los diferentes problemas que pueden surgir durante la ejecución de los mismos, mostrando las soluciones jurídicas que estos presentan, dejando para estudiantes y profesionales, unas pautas que permitan entender y aplicar de manera clara y sencilla los contratos de cuenta corriente bancario y mercantil en el ámbito comercial.

la importancia a esta modalidad contractual, esta dada en que las operaciones comerciales a nivel mundial se desarrollan utilizando las cuentas corrientes sean Bancarias o Mercantiles, ya que por motivos de seguridad, agilidad y confianza, no es común que se realicen transacciones comerciales con dinero en efectivo, sino que se utilizan otros instrumentos de pago (cheques, medios electrónicos), además debo anotar, que el desarrollo normativo de estas figuras es escaso, las que existen se dedican a dar pautas generales sobre las mismas y se ha dejado a la costumbre comercial y a la doctrina su complementación y desarrollo. Es sobre estas bases que pretendo aportar en el estudio de estos contratos.

En determinadas situaciones, dos personas, generalmente comerciantes, mantienen relaciones continuadas de negocios, las cuales los llevan a encontrarse unas veces como deudores, otras como acreedores, todo esto a medida que suceden sus recíprocas relaciones.

Estas relaciones originadas a su vez en relaciones de venta, de mutuo de comisión, de transporte, de distribución, etc., bien pueden liquidarse por las partes una a medida de su ocurrencia, mediante la cancelación del crédito por parte de quien sea deudor en ese momento.

Pero en efecto, resulta más conveniente establecer una liquidación periódica en tiempo determinado. Las partes pueden interesarse en ahorrar tiempo y desembolsos de dinero, ya que la exigibilidad de los créditos que surgen entre ellas, queda aplazada hasta una futura fecha de cierre, en la cual deudas y créditos se eliminan y solo la diferencia será exigible.

Como entre los empresarios mercantiles suceden frecuentemente situaciones de hecho como la anteriormente señalada, se presenta la posibilidad de someterla a una regulación del régimen de las cuentas corriente. Es precisamente con este hecho que surge la importancia del tema y de los interrogantes jurídico sobre este tipo de contratos, tales como ¿cuál es el objeto mismo del contrato de las cuentas corriente, a que se circunscribe la operación como tal? ¿De qué manera puede disponer el cuentacorrentista de los saldos? ¿Cuáles son sus derechos y obligaciones? ¿Qué requisitos se deben cumplir para la apertura de un contrato de cuenta corriente? ¿De qué manera se termina el mismo?

Debido a la importancia de estos contratos, esta serie de interrogantes no solo deben surgir al encontrarnos frente a la posibilidad de abrir un contrato de

cuenta corriente, sino que debe formar parte de nuestra cultura jurídica y no solo debemos enfrentar y respondernos estos interrogantes, sino también los relacionados con su historia, su naturaleza jurídica, sus características, su diferencia con otros contratos, entre otros, que además de enriquecer nuestro conocimiento jurídico, servirá también para nuestro desempeño profesional.

0.1.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

0.1.1 Enunciación del problema. La Colombia de hoy se encuentra inmersa en un proceso de Globalización, lo que implica que todos los habitantes y las leyes que conforman el Estado debemos entender el funcionamiento de ese fenómeno, es por ello nuestra legislación en lo concerniente a las cuentas corrientes Comercial y Bancaria, se hace necesario asimilar y comprender como funciona en nuestro país.

Muchas han sido las preguntas que los tratadistas del Derecho Moderno se han formulado frente a la aparición de las Instituciones Bancarias y del Sistema del funcionamiento de las Cuentas, que buscan el cumplimiento de unos objetivos o de ayudarle al Estado a que llegue a las personas necesitadas de sus servicios a la hora que mas lo necesitan en pro del Desarrollo Económico del país, ese sentido las envides financieras han venido impulsando la bancarizacion, lo cual pretende pretende incrementar el numero de personas que realicen sus operaciones con la banca y no tengan que recurrir a

prestamistas que les cobran altos intereses, lo genera mayor pobreza en nuestro país .

El Estado Colombiano y sus políticas de acceso al Desarrollo y la sostenibilidad ha tratado de acercarse al ciudadano, ya que consideraba que tradicionalmente en el país era poca la gente que tenia acceso al sistema Bancario y principalmente a las cuentas Comercial y Bancaria, aunque aun las desigualdades se mantienen y los índices así nos lo indican, las entidades Bancarias han logrado una penetración en este campo en la Población, ayudando a mitigar en parte las falencias del Estado.

La Ciencia Jurídico Constitucional Moderna, ha tratado mediante estudios serios, buscarle una solución a la unificación de una Legislación Única para estas entidades y los servicios que prestan, pero en el caso Colombiano se ha creado lo mismo que en muchos países de América Latina, una reglamentación especial al respecto tratando que estas cumplan sus objetivos y que el Estado tenga sobre ellas una vigilancia y un control Especial.

Es necesario entonces que en este trabajo se busquen respuestas precisas y concretas a los siguientes interrogantes que consideramos de suma importancia para su Desarrollo.

0.1.2 Formulación del problema. Por lo tanto, surge la necesidad de responder:

¿Cuál es el sistema de Cuenta Corriente Comercial y Bancaria existente en la Colombia de hoy y que finalidades que cumple?

¿Está acorde con las exigencias de la globalización la cuenta corriente bancaria y mercantil?

0.2 JUSTIFICACION

Al encontrarse Colombia metida en un proceso de Globalización y de Internacionalización de la Economía, mediante la expansión de los mercados a todos los niveles, el sistema de Cuenta Corriente Comercial y Bancario que cada vez es mas poderoso, necesita de regulaciones especiales, por lo que se hace necesario comprender y estudiar el fenómeno a la luz de una Normatividad tanto nacional como Internacional que deba ser acogida y entendida por los Estados y poder así ayudar a que los objetivos trazados se cumplan se cumplan a cabalidad.

Considero que si bien se han hecho estudios desde lo jurídico y Político, han faltado mecanismos pedagógicos y de ayudas para que la gente entienda el papel que juega el sistema Bancario y su sistema de Cuentas Corrientes Comercial y Bancario en el desarrollo del país teniendo en cuenta que además

se vería reflejado en mayor generación de empleo, principalmente en el sector de las pymes.

No podemos desconocer que siendo el Estado Colombiano una Republica organizada de forma Democrática, insertada en la Comunidad Internacional, el Sistema Bancario sea un soporte verdadero para lograr un Desarrollo Económico armónico y sostenido en todos los niveles de la sociedad, lo que si se hace necesario es que es necesario que se implementen una serie de medidas claras con el fin de que este sistema su funcion.

Como egresada de la Facultad de Derecho, me parece interesante conocer como se ha desarrollado la cuenta corriente comercial y bancaria en Colombia con el fin de lograr un mejor entendimiento de la normatividad vigente en este aspecto.

0.3 OBJETIVOS

0.3.1 Objetivo general. Investigar sobre como ha sido el Desarrollo del Sistema de Cuenta Corriente Comercial y Bancaria en Colombia, si es de gran utilidad y acorde con las necesidades.

0.3.2 Objetivos específicos:

- Estudiar El Sistema de Cuenta Corriente Comercial y Bancario existentes en Colombia y su normatividad jurídica.

- Analizar los aspectos funcionales del sistema de Cuenta Corriente Comercial y Bancaria y que beneficios le aportan a los cuentacorrentistas.
- Conocer la normatividad comercial vigente en el al conjunto de usos y costumbres que rigen las transacciones de los comerciantes en el mundo.

0.4 DELIMITACIONES

0.4.1 Delimitación temática. El Desarrollo de la Cuenta Corriente Comercial y Bancaria en Colombia.

0.4.2 Delimitación geográfica. Esta investigación se realizó tomando como base o normado en el código de comercio colombiano, el cual comenzó a regir con la expedición del decreto 410 del año 1971.

0.4.3 Delimitación espacial. La investigación está demarcada por el espacio geográfico del territorio Colombiano, sin desatender que se analizarán algunos aspectos en lo atinente para los usos y costumbres internacionales.

0.4.4 Terminó de la investigación. Esta Investigación tendrá una duración aproximada de dos (2) meses contados a partir de la presentación del anteproyecto.

0.5 METODOLOGIA

0.5.1 Tipo de estudio. Este estudio es de carácter comparativo, ya que tiene como propósito mostrar o examinar las diferencias entre la cuenta corriente bancaria y comercial, y la costumbre internacional.

0.5.2 Método de estudio. Esta investigación será realizada por medio del método descriptivo el cual comprende la descripción, análisis e interpretación de la estructura jurídica por la cual se rigen para de esa manera encontrar las diferencias existentes entre ellas.

1. HISTORIA DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA Y MERCANTIL

No es reciente el origen del contrato de cuenta corriente en el panorama jurídico, aún cuando hay quien haya querido observar el principio de este contrato en prácticas de los banqueros romanos, quienes usaban una figura similar antes que la compensación se generalizara. Pero realmente el surgimiento del contrato de cuenta corriente, con los efectos y caracteres que ahora conocemos, es propio el siglo pasado. Según SEBASTIAN MOLL¹, la expresión cuenta corriente, sin embargo no aparece en el lenguaje usual del tráfico mercantil, hasta el siglo XVIII, cuando JOHN LAW ante la imposibilidad de rembolsar el importe de los billetes puesto en circulación por el arbitrista escocés en el ejercicio de sus aventuradas combinaciones financieras, crea en Francia ofreciendo a los suscriptores de los títulos emitidos la apertura de cuentas, que él denomina cuentas corrientes, por medio de las cuales intento sin éxito evitar el definitivo hundimiento de su magnífico sistema crediticio “.

En nuestro continente, el primer código en adoptar esta figura contractual fue el chileno de 1865, que a su vez fue adoptado por el estado soberano de Panamá en 1869, y posteriormente para toda la república de Colombia, permaneciendo vigente hasta el año de 1971, cuando comenzó a regir el actual código de comercio.

¹ MOLL DE MIGUEL, Sebastián. El Contrato Cuenta Corriente. Universidad de Bilbao, 1977, p. 25-26.

No obstante la existencia autónoma de esta figura contractual desde hace mas de un siglo y medio, es cierto que, en los últimos años es donde su utilización ha presentado una tremenda expansión, precisamente al lado de la que en general ha tenido utilización de los diferentes contratos mercantiles, que se presentan como instrumentos, para el intercambio muy intenso de bienes y servicios que caracterizan la vida moderna.

Así tenemos por ejemplo, que al lado de la agencia mercantil del suministro de transporte, se torna a veces imperiosa la coexistencia de un contrato de cuenta corriente que regule las relaciones de crédito entre las partes, ofreciéndoles un tratamiento más útil, lo que redundará en provecho de los comerciantes desde todo punto de vista.

A partir de los estudios de Pardessus en su "Cours de droit commercial", aparecido en 1814, la dogmática francesa e italiana va estructurando la institución, atendiendo a una realidad primaria que exigía la elaboración de principios suficientes. El desenvolvimiento de la civilización industrial, las crecientes relaciones de negocios y los movimientos de capital, impusieron la consagración legislativa de tales principios.

1.1 CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE MERCANTIL

Hay lugar a pensar en la utilización del contrato de cuenta corriente, en determinadas situaciones en las cuales, dos personas, generalmente comerciantes, mantienen relaciones continuadas de negocios, las cuales los llevan a encontrarse, unas veces como deudores, otras veces como acreedores, todo esto a medida que suceden sus recíprocas relaciones².

Estas relaciones, originadas a su vez en relaciones de venta, de mutuo, de mandato, de comisión, de transporte, de distribución, etc., bien puede liquidarse por las partes una a una a medida de su ocurrencia, mediante la cancelación del crédito por parte de quien sea deudor en ese momento. Pero en efecto, resulta más conveniente establecer una liquidación periódica en tiempo determinado. Las partes pueden interesarse en ahorrar tiempo y desembolsos de dinero, ya que la exigibilidad de los créditos que surgen entre ellas, queda aplazada hasta una futura fecha de cierre, en la cual deudas y créditos se eliminan y solo la diferencia será exigible³.

Como entre los empresarios mercantiles suceden frecuentemente situaciones de hecho como la anteriormente señalada, se presenta la posibilidad de someterla a la regulación del régimen de la cuenta corriente.

² DE BOLONIA ASCARELLI, Tulio. Derecho Mercantil, Purrua Hermanos. 1940, p. 294.

³ NAVEEZ GARCIA, Jose Ignacio. Obligaciones y contratos mercantiles, Legis 2002, p 199

La posibilidad de múltiples relaciones profesionales del empresario hace forzosa la utilización de cuentas corrientes que permiten un más fácil y exacto conocimiento de los resultados de la relación, evitándose la continua sucesión de pagos y cobros al actuarse la compensación de los créditos y débitos recíprocos.

La contabilización de una relación patrimonial duradera, aunque esta se prolongue en el tiempo y sean múltiples las prestaciones recíprocas, en nada afecta a los contratos que nacen, se ejecuta y extinguen entre las partes.

La denominación <cuenta corriente> lleva en sí una enorme imprecisión, pues designa unas veces un contrato específico y otras una mera situación de contabilidad que no implica contrato alguno.

El mantenimiento de una situación meramente contable no tiene su origen en un acuerdo que haga obligatoria la contabilización de los créditos recíprocos y su compensación.

Para que haya contrato de cuenta corriente en sentido técnico se precisa un pacto específico que excluya la accionabilidad aislada de los créditos y aplaze su liquidación hasta el momento del cierre de la cuenta. En este caso las prestaciones aisladas que recíprocamente realicen contratantes se consideran como elementos integrantes de una unidad antes del término pactado. Los contratantes se obligan a no considerar como independientes los créditos que

nazcan a lo largo de esta relación, a aplazarlos todos hasta el cierre de la cuenta. En este caso, y solo en este caso, existe un contrato de cuenta corriente.

La sentencia del T. S. de 23 de mayo de 1946 se preocupa de diferenciar el “contrato normativo de cuenta corriente” de la figura afín de “situación de cuenta corriente”. El primero lo caracteriza por la existencia de un pacto que aspira a mantener unidos los elementos integrantes de la cuenta, sin posibilidad de que sus partidas puedan ser hechas efectivas hasta el cierre y liquidación previstos y determinado el saldo final reclamable. Por el contrario en la llamada “cuenta por debe y haber” o situación de cuenta corriente, se opera una compensación aisladas de las partidas de cargo y abono, de lo que se deduce que el saldo exigible puede surgir durante el curso de la cuenta, sin esperar el cierre de la misma.

1.2 CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA

La cuenta corriente bancaria es aquella que lleva una institución bancaria por cada uno de sus clientes denominado cuentacorrentistas. La cuenta corriente bancaria configura un verdadero contrato suscrito entre un banco y su cliente, a través del cual, la entidad bancaria se obliga a realizar por cuenta del cliente

todas aquellas operaciones propias del servicio de caja, contabilizando puntual y sistemáticamente tanto los ingresos como los egresos de los fondos del cuentacorrentista.

El contrato de cuenta corriente bancaria tendría que definirse como el efectuado entre un banco y una persona, en donde el banco abre, en sus libros, a la otra persona, llamada cuentacorrentista, una cuenta obligándose a acreditar en ella los valores que el cliente o terceros depositan, o incluso el mismo banco, le efectúen, le adelanten, debiendo permanecer tales valores a la orden del cuentacorrentista en cualquier momento. Una parte de la doctrina habla la cuenta corriente bancaria como un contrato nominativo consensual, celebrado entre el banco y el cliente por el cual el primero se obliga a tener disposición del segundo la suma acreditada o depositada a fin de atender las órdenes de pago del cuentacorrentista, de acuerdo a las modalidades convenidas para el funcionamiento en el contrato.

En consecuencia, la cuenta corriente bancaria constituye una de las modalidades de depósitos irregulares de dinero, dentro de las operaciones bancarias al lado de los depósitos de ahorro y a término.

El depósito en cuentas corrientes opera a través de un contrato denominado cuenta corriente bancaria, concebida como aquel en que por efecto de un depósito irregular de dinero realizado por un cliente, denominado cuentacorrentista, o bien en virtud de una apertura de crédito, esta persona puede disponer de saldo en cuenta a través del giro de cheques o a los

métodos permitidos convenidos. Como no pretendo entrar al campo de los contratos, simplemente interesa mostrar la operación bancaria como tal.

Lo primero en advertir es que las únicas entidades facultadas para recibir depósitos que puedan ser movidos por medio de cheques son los bancos autorizados para tal fin. El contrato de cuenta corriente es convencional, por lo que el banco y el cliente pueden fijar las condiciones generales de apertura, movimiento y terminación del mismo. Corresponde el banco suministrar los formatos de cheques necesarios para el movimiento de la cuenta corriente. Necesario es que el banco acepte como cliente a la persona que le solicite y que este se someta al régimen general tanto del contrato como de las normas bancarias que sobre el particular existan. El cuentacorrentista, bajo un depósito inicial y depósitos subsiguientes a la apertura de la cuenta, se obliga a tener los fondos suficientes para cubrir el giro de sus cheques, estando el banco obligado a pagarlos de acuerdo con el contrato suscrito, siempre que existan fondos para dicho efecto.

Conforme a lo visto, la cuenta corriente es un instrumento de regulación de operaciones múltiples, efectuadas entre el banco y el cliente, de significativa utilidad en el ámbito de los negocios, puesto que el cheque concebido principalmente como instrumento de pago en reemplazo de la moneda por ser mucho mas seguro; surge y funciona íntimamente vinculado con ella. No se

concibe la cuenta corriente sin el cheque ya estos formularios son de tal importancia, en todo lo atinente al manejo y circulación de fondo⁴s.

la cuenta corriente de origen a una relación principal que se ejecuta y se extingue por sí y en sí misma, configurando un contrato típico, estructuralmente, definido, con causa y función económica propia.

En efecto, quien resuelve abrir una cuenta corriente bancaria, no estima como fin principal realizar un depósito, obtener una apertura de crédito o ser beneficiario con un préstamo bajo cualquiera de sus modalidades. Sólo tiene la única intención de abrir la cuenta para obtener las ventajas que le reporta el servicio de caja y poder usar el cheque.

Mediante esta operación el cliente persigue que el banco lleve una cuenta de las disponibilidades de dinero de las que es titular, contabilizando al instante todo ingreso o egreso de dinero conforme las ordenes e instrucciones impartidas y determinando con precisión, en todo momento, el saldo efectivo de disponibilidad.

En síntesis, la cuenta corriente bancaria configura un mecanismo de utilización de fondos y accesoriamente, un esquema contable unificado de las múltiples relaciones que puede tener un banco con su cliente.

⁴ RENGIFO, Ramiro. Títulos y Valores. Sexta Edición, Medellín, Editorial Señal Editora, 1992 p.47.

Tal utilización de fondos puede provenir de:

- Adelantos de dinero que hace el propio banco (cuenta corriente bancaria a descubierto).
- Depósitos de dinero que hace el cliente (cuenta corriente bancaria con provisión de fondos).

De otro lado, la cuenta corriente bancaria como institución sometida a normas propias y creadoras de particulares jurídicos, pertenece al moderno derecho, afirmación que encuentra su justificativo en el análisis de las relaciones originadas en los usos mercantiles practicados durante mucho tiempo. La cuenta corriente bancaria, revestida de sus cualidades jurídicas que la elevan al rango de institución, se origina en principios elaborados en el siglo pasado.

El contrato de cuenta corriente bancaria es bastante diferente del contrato de cuenta corriente mercantil. El primero lo regula el código de comercio entre los artículos 1382 a 1392 y el segundo entre los artículos 1245 a 1261.

De acuerdo con el artículo 1382 del Código de Comercio, por el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria el cliente o cuentacorrentista adquiere las facultades de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en cualquier forma previamente convenida con el banco. “Todo

depósito constituido a la vista – agrega la disposición – se entenderá entregado en cuenta corriente bancaria, salvo convenio en contrato”.

Con el objeto de darle mayor ansiedad y confianza a este contrato, la Superintendencia Bancaria “ha considerado conveniente exigir a las entidades que en todos los eventos que se efectúen la apertura de una cuenta corriente o una cuenta de ahorros, se imponga la huella dactilar – índice derecho – del titular o titulares de la misma, en la tarjeta de registro de firmas correspondientes”⁵.

También ha considerado la citada entidad que “Los bancos que vayan a celebrar contratos de cuenta corriente bancaria deben abstenerse de hacerlo con aquellas personas que hayan sido objeto de cancelación de la cuenta por uno cualquiera de los establecimientos bancarios, entendiendo que esta información será suministrada a la Asociación Bancaria de Colombia de conformidad a los acuerdos interbancarios vigentes. De la misma manera, no deben permitir el registro de la firma de las personas que se encuentran en la situación anotada para girar en la cuenta corriente de un tercero. Esta conducta ha de observarse mientras aparezca anotada la persona de que se trate en los archivos de la citada asociación.

⁵ Superintendencia Bancaria, Circular P.D. 015/85, febrero 8.

1.3 NATURALEZA JURIDICA

Para obtener un conocimiento amplio, a cerca de la naturaleza jurídica de las cuentas corrientes bancaria y mercantil, se hace necesario partir de la definición de estas. Conforme con lo normado en el artículo 1382 del Código de Comercio y por el artículo 1245 del mismo código.

El contrato de cuenta corriente mercantil permite a quienes tienen frecuentemente relaciones comerciales reciprocas, que no tengan que hacer liquidaciones o pagos parciales por sus mutuas remesas, sino que cada crédito pierde su individualidad particular para fundirse con las demás operaciones que se realicen dentro de determinado lapso de tiempo y clausurada la misma se determina quien es el deudor y el acreedor.

La cuenta corriente bancaria, corresponde a un contrato específico en el cual, el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques del establecimiento bancario y disponer parcial o totalmente mediante el giro de cheques o de la manera convenida con el banco. Esta figura le permitir al cuentacorrentista mantener las ventajas del deposito custodiado por un banco y al mismo tiempo contar con la disponibilidad sin reservas de su dinero, lo cual es la característica principal del contrato de cuenta corriente bancaria.

Este contrato que posibilita a los bancos para captar el mayor volumen de recursos a través de la vía que le es específica, depósitos a la vista, y cumplir así su función intermediadora. En materia de naturaleza jurídica se ha tratado de identificar al contrato de cuenta corriente bancaria con diversas categorías contractuales clásicas: a- mandato, b-deposito, c- préstamo, d- arrendamiento de servicios. Todas las explicaciones que al respecto se han dado no son satisfactorias porque tratan de explicar con viejos moldes una figura cambiante y adoptada al ritmo de operaciones comerciales que se desarrollan a partir del siglo XX. La actividad que el banco realiza con investidura de mandatario la presta en conexión con otras relaciones que se establecen entre las partes, dirigidas a la constitución de aquella disponibilidad sin la cual el mandato permanecería inoperante, porque faltarían aquellos medios que en el mandante debe suministrar. Tales relaciones pueden estar representadas, como sucede normalmente, por un depósito bancario, pero también pueden ser representadas por una autorización o concesión de descubierto, temporal u ocasional, lo que explica que el saldo de cuenta corriente puede ser asistido con garantía real o personal.

1.4 DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA Y MERCANTIL

Encontramos entonces las principales diferencias entre dos contratos:

1.4.1 El contrato de cuenta corriente mercantil:

- a) implica la cesión de un crédito recíproco
- b) se da la compensación diferida

- c) las obligaciones que recaen sobre las dos partes, que son acreedoras y deudoras a la vez
- d) hasta su clausura, ninguna de las partes es acreedora ni deudora.

1.4.2 Cuenta corriente bancaria

- a) no existe contrato recíproco
- b) no existe compensación diferida
- c) el crédito es unilateral
- d) las partes están definidas

Para entender con mayor claridad las diferencias de estos tipos contractuales tengamos claridad que entre ellos existe una diferencia marcada específicamente en el fin del contrato y la relación existe entre los cuenta correntistas. “En el depósito en cuenta corriente faltan los tres elementos esenciales que caracterizan las remesas que las partes se envían en virtud de la relación de cuenta corriente mercantil, como lo son la libertad, la Facultatividad y la reciprocidad de las mismas, siendo esta última cualidad, la más decisiva para diferenciarlas”⁶.

En efecto, en el depósito de cuenta corriente el crédito entre el cuentacorrentista y el banco no es recíproco sino por el contrario, unilateral; es

⁶ PAUCAR ARRUBLA, Jaime. Contratos Mercantiles. Biblioteca Jurídica DIKE, Tomo I, Séptima Edición, 1997 p 140.

el cliente el que concede crédito al banco depositario. La entidad bancaria custodia el dinero depositado e incluso puede disponer de él, pero siempre con la obligación de devolverlo cuando el depositante lo pida mediante el mecanismo de giro de cheques. La secuencia anterior nos indica que en este contrato no se puede hablar tampoco de que las diferentes remesas se compensen como ocurre en el contrato de cuenta corriente comercial que se analiza, si se considera que, por regla general es el banco el deudor del cliente y no la inversa.

Bien puede ocurrir y, de hecho sucede con suma frecuencia, que dentro de la relación de depósito en cuenta corriente se presenta un fenómeno que se conoce comúnmente como “sobregiro” o “descubierto” que, como todos sabemos, consiste en que si el titular de la cuenta corriente bancaria dispone de un MILLON DE PESOS ML (\$1.000.000), por haber efectuado la consignación correspondiente por esa cantidad, la circunstancia de girar Un cheque por la suma de UN MILLON DOSCIENTOS MIL PESOS ML (\$1.200.000), conduciría a que su cuenta corriente operara en descubierto, según se denomina esta situación en la jerga bancaria.

Si el banco no rechaza el cheque girado por “fondos insuficientes” sino que lo paga a su legítimo tenedor concediendo así crédito a su cliente por la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS ML (\$200.000), el titular de la cuenta corriente se convertiría en deudor del banco y éste acreedor de aquel, excepcionando la

norma general que caracteriza el contrato de depósito en cuenta corriente, consistente en que siempre sea el banco el favorecido con el crédito.

Se pregunta entonces si el manejo de una cuenta corriente bancaria en descubierto tipifica el contrato clásico de cuenta corriente con todos sus efectos y la respuesta es siempre negativa puesto que la concesión de crédito que en este evento otorga el banco es a título de empréstito, y la consignación que haga posteriormente el cliente es a título de pago, fenómeno jurídico este último que no se presenta en el contrato de cuenta corriente mercantil, en el que las remesas recíprocas que se hacen las partes nunca tienen ese carácter de pago. Otra diferencia que encontramos entre los dos institutos que se comparan, es que en la cuenta corriente mercantil, generalmente se fija un término de duración del contrato, un plazo, además de otros términos destinados a establecer entre las partes las fechas de los cierres periódicos y de la conciliación del saldo, plazos que no son necesarios ni se acostumbra en la relación de depósito en la cuenta corriente bancaria que es siempre indefinida en el tiempo.

2. CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA

El contrato de cuenta corriente se encuentra regulado en el artículo 1382 capítulo I título XVII, el cual lo define así “por el contrato de depósito en cuenta Corriente bancaria el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco⁷”

2.1 CARACTERISTICAS

El contrato de cuenta corriente bancaria es:

- ❖ Principal: El contrato de cuenta corriente existe autónomamente, sin subordinarse a ninguna otra forma contractual.
- ❖ Consensual: El contrato de depósito en cuenta corriente es consensual porque se perfecciona con el solo acuerdo o consentimiento de las partes (art. 1500 del CC).

⁷ LEAL PEREZ, Hildebrando. Contratos Bancarios. Ediciones Librería del Profesional, Primera Edición, 1990 p 23.

- ❖ Nominado: La ley reconoce y regula este contrato de manera autónoma, ya expresaremos, que el Código de Comercio lo tipifica y normaliza entre los artículos 1382 a 1392.
- ❖ Bilateral: El contrato de cuenta corriente genera obligaciones para ambas partes.
- ❖ Oneroso: En este contrato el banco de se beneficia con las comisiones y el cuenta correntista con los intereses que el banco le reconoce.
- ❖ Conmutativo: las partes pueden, desde un primer momento, avaluar el contenido patrimonial de los beneficios recíprocos y conocen el alcance de las prestaciones nacidas del contrato.
- ❖ De Adhesión: Así como la ley regula el contrato de cuenta corriente bancaria, los reglamentos internos de los establecimientos bancarios se imponen a los clientes. De esta manera a la clientela no le es dado discutir las cláusulas contractuales, los términos del contrato. Generalmente los bancos tienen diseñados los formularios contenidos del contrato y el cliente simplemente lo admite, lo acepta y lo suscribe.
- ❖ De Tracto Sucesivo: El contrato de cuenta corriente bancaria se suscribe a término indefinido, usualmente razón por al cual las obligaciones de

las partes y los derechos derivados, se entienden ejecutados de manera sucesiva.

2.2 OBLIGACIONES DEL CUENTACORRENTISTA

a) Tener suficiente provisión de fondos para efectuar el pago de los cheques que libre a cargo del banco. En esta obligación del cuentacorrentista existe una contradicción con lo que dispone el Código de Comercio (Art. 720) que el librado está obligado a ofrecer pago parcial al tenedor hasta por el disponible, es decir cuando el cliente ha incumplido con una obligación principal como es tener la provisión suficiente de fondos. Existe esta excepción pese a que es una de las obligaciones más importantes existente entre las partes, esta figura denominada pago parcial busca proteger los intereses del beneficiario tenedor, ya que este carece de relación contractual con el banco.

b) Librar los cheques en las chequeras que a raíz del contrato de cuenta corriente le suministre el banco; de lo contrario, el cheque no surtirá efectos de título – valor.

c) Custodiar y vigilar la chequera que le autorice el banco como consecuencia de la celebración del contrato que con este ha suscrito. De esta obligación tiene importantes consecuencias, como las que se derivan de la culpa

d) normadas en el artículo 63 título preliminar del código de comercio. En donde se consagra la teoría de la culpa compartida o de la culpa excluyente, pues ella está directamente ligada con la vigilancia, custodia y emisión de los cheques debe tener el cliente. Pero como si eso fuera poco, la ley misma prevé que cuando a un cliente se le haya extraviado una chequera o no haya dado aviso al banco, éste sólo será responsable en el caso de que un cheque haya sido falsificado o adulterado; cuando la adulteración o la falsificación fueron notorias, es decir, de tal magnitud, tan burdas, que cualquier persona a primera vista, pudiese constatar que se había producido una culpa grave del banco.

d) Cancelar los Saldos por Sobregiros. En términos comunes, el sobregiro constituye una cantidad determinada de dinero puesta a disposición del cliente por el banco, para ser utilizado cuando sus necesidades lo requieran. Ahora bien, en caso de que el banco pague los cheques por valor superior al de la cuenta corriente, es decir, con utilización del sobregiro, el excedente deberá ser pagado conforme a lo convenido con la entidad bancaria, o de no existir convenio, será inmediatamente exigible. Lo cierto es que el crédito así concedido gana los intereses corrientes que para operaciones bancarias a plazo menor de un año otorgan los bancos, a menos que las partes hayan acordado otra cosa. En consecuencia, la obligación en comento no solo se refiere al sobregiro como tal, sino, igualmente a los intereses causados.

e) Devolver los Cheques al Término del Contrato. Al tenor del artículo 1389 del código de comercio, al término del contrato el cuentacorrentista está obligado a

devolver al banco los formularios de cheques no utilizados. Esta es una obligación nacida de la ley. Ello no implica que el banco se abstenga de pagar los cheques ya girados por el cliente; por el contrario, aun en el caso de terminación unilateral del contrato por la entidad bancaria, esta se encuentra obligada al pago de aquellos, siempre y cuando exista provisión de fondos.

2.3 OBLIGACIONES DEL BANCO

Las obligaciones fundamentales del banco, surgidas de la celebración de un contrato de cuenta corriente bancaria, son:

2.3.1 Suministrar las chequeras a su clientela

lo que parece ser obligación elementalísima, pero que, sin embargo, es de una gran trascendencia, ya que el cheque, como título-valor de contenido crediticio que es, se distingue por ser un documento que únicamente puede ser librado a cargo de un banco y sólo en los esqueletos o formularios de cheques previamente elaborados por este⁸.

⁸ Código de comercio, artículo 712

2.3.2 Obligación de devolver los cheques

“Todo banco estará obligado a devolver al librador, junto con el extracto de su cuenta, los cheques originales que haya pagado⁹”, al respecto de este artículo, comenta la Superintendencia Bancaria:

“La necesidad de que se dé cumplimiento a esa disposición se vuelve alarmante si se toma en consideración el artículo 732 del mismo Código, según el cual el banco será responsable por el pago de cheques falsos o cuyas cantidades se hayan aumentado, salvo que el depositante no notifique al banco “dentro de los tres meses después de que se le devuelva el cheque”, que éste era falso o que se aumentó su cantidad”.

Es evidente que para los libradores puedan hacer uso de la prerrogativa que les concede el artículo en mención debe tenerse como presupuesto necesario el cumplimiento del artículo 728 de código de comercio sobre devolución.

“Como consecuencia de lo dicho, este despacho confirma su criterio expresado anteriormente de que la norma del artículo 728 no es de las susceptibles de ser variadas contractualmente. Debe por ello el banco estar en situación de devolver los cheques originales que haya pagado, haciendo entrega material de ellos al librador o dejándolos a disposición de éste para ser retirados en cualquier momento. Estima la superintendencia que debe darse claro y nítido

⁹ Código de comercio, artículo 728

aviso a los titulares de cuentas corrientes sobre el hecho de que tienen a disposición los cheques y de que si desean retirarlos pueden hacerlo”¹⁰.

2.3.3 Recepcionar los Depósitos o Consignaciones: Recordemos que del contrato de cuenta corriente bancaria se deriva para el cuentacorrentista la facultad de consignar sumas de dinero y cheques a su cuenta corriente. De lo anterior podemos definir que: El depósito o consignación puede provenir del cuentacorrentista o de un tercero, o Puede ser objeto de consignación el dinero o cheques.

Generalmente la consignación es efectuada por el cuentacorrentista: pero nada que impida que terceras personas puedan consignar a nombre de aquel. Lo importante es que en el formato de consignación aparezca el número de cuenta del titular, su nombre y que el formato se encuentre bien diligenciado. Las consignaciones en dinero son referidas a sumas en efectivo, valga decir, circulante en moneda permitida en el país para nuestro caso en pesos: cuando se reciben consignaciones en dinero efectivo, las cantidades determinadas serán abonadas inmediatamente a la cuenta corriente, pudiéndose, igualmente disponer ellas. También y, es lo común, las consignaciones pueden recaer sobre cheques, en tal evento la consignación, si bien se acredita a la cuenta, no puede disponer de las sumas en ellos representada sino, solamente cuando haya hecho canje el respectivo cheque, pues al tenor del artículo 1383 del

¹⁰ Superintendencia Bancaria, Oficio OJ-049 de Febrero 25 de 1972.

Código de Comercio, todo cheque consignado se entiende “salvo bien cobro” a menos que exista estipulación en contrario.

La admisibilidad de cheques, que consagran el citado artículo 1383, encuentra su razón de ser en que estos son, ante todo, instrumentos de pago. El cheque es la asimilación al dinero en efectivo, de allí la permisión legal del artículo 1382 del C. de Co. La única diferencia consiste en que el banco acredita las consignaciones en efectivo, prácticamente en forma instantánea, en tanto que con los cheques se emplean diferentes técnicas, a saber¹¹r:

- ❖ La habitual, que consiste en acreditar provisionalmente el valor del cheque, mientras se efectúa el pago por el girado (artículo 1383 del C. de Co.).
- ❖ La llamada “compra de cheques” en la que el banco acredita definitivamente en la cuenta corriente del beneficiario de un cheque contra otro b banco, previo endoso de aquel, el importe del documento sin esperar el pago ni la conformidad del girado, el importe del documento sin esperar el pago ni la conformidad del girado, negocio que solo se realiza en casos especiales.

¹¹ LEAL PEREZ, Hildebrando. Código de Comercio. Comentando 1ª, Edición, Santafé de Bogotá, D.C., Ediciones Fundaciones Jurídicas Colombianas, 1992.

Fuera de los valores antes nombrados, a saber, efectivo o cheques, nuestra ley no habla de otro tipo de consignaciones en cuenta corriente. La razón podemos hallarla en el artículo 714 del C. de Co., que reza “El librador debe tener provisión de fondos disponibles en el banco librado...”. La provisión, consiste en un crédito exigible por suma líquida, adeudado por el girado al librador, proveniente de una causa cualquiera.

El banco, al recibir estos instrumentos debe darles el tratamiento contable de “efectos al cobro”, el cual, en la práctica, no permite que el abono en la cuenta corriente del beneficiario del instrumento se realice rápidamente, razón por la cual si estos documentos fueren admitidos en consignación, directamente, llevarían implícita la condición de pago al vencimiento, no pudiendo por tanto ser abonados hasta su pago no se hubiere realizado, dificultando así la certeza que debe existir sobre la provisión.

La práctica bancaria demuestra que fuera del cheque, ningún otro título valor es recibido en consignación, sino como efecto al cobro, dándosele el tratamiento contable respectivo. En México existe la figura del depósito bancario de títulos, diferente al depósito en cuenta corriente que permite al banco recibir de sus clientes títulos valores para custodiarlos (depósito simple) o para velar por la conservación de los derechos incorporados en ellos (depósito en administración) pero nunca recibirlos en consignación y abonarlos directamente en cuenta corriente. Entre nosotros, como vimos, el artículo 1382 del C. de Co., se refiere, únicamente a dinero y a cheques. Sin embargo, la

práctica bancaria, reforzado por acuerdos celebrados entre los mismos bancos, ha admitido la consignación en cuenta corriente de otros instrumentos que dan un buen margen de seguridad de certeza en la provisión. Tal es el caso de los documentos constitutivos de los depósitos previos de importancia, recibidos de depósitos judiciales, recibos de depósitos de garantías para dólares de viajeros, comprobantes de tarjetas de crédito, giros postales y otros.

Ahora bien, puede suceder que una vez efectuada la consignación con cheques en la entidad bancaria y para soportarla a la cuenta de cliente, dichos títulos se pierdan. ¿Qué sucede en tal evento? Los establecimientos bancarios, en cuanto procuradores cambiarios que son respecto de cheques consignados por los cuenta habientes, no actúan como propietarios de tales instrumentos ni su negocio, en semejantes circunstancias, es el de adquirirlos para si y correr los riesgos que se pueden producir hasta que sean cobrados a los bancos librados.

Son, por el contrario, gestores de intereses ajenos, intermediarios profesionales dedicados a prestar esta clase de servicios utilizando su propia organización y la del sistema de compensación bancaria en general. Luego de sus obligaciones y responsabilidades no pueden ser otras que las que el derecho común señala para los mandatarios. Así las cosas, si se produce la pérdida o el hurto o la destrucción total de un cheque en manos de un banco y como consecuencia de ello desaparece momentáneamente la posibilidad jurídica de solicitar en nombre y por cuenta del cliente depositante, el cumplimiento de la

orden de pago incorporada en el título, su obligación consiste en adoptar diligentemente todas las medidas conservatorias de los derechos del mandante (cliente depositante) que la ley permita y que, además su experiencia profesional le aconseje tomar: los artículos 803 y 806 del Código de Comercio, entre otros, indican las vías procedí mentales y las provincias PRE cautelativas por cuya virtud el banco, el ejercitar la acción judicial de cancelación del instrumento sustraído, puede quedar facultado para cobrar el importe del cheque desaparecido y por consiguiente, efectuar el abono pertinente en la cuenta. La obligación del banco, por ejemplo, ante las consecuencias el atraco acontecido en sus establecimientos, no es la de abonar automáticamente, en las cuentas respectivas el valor de los cheques robados. Su deber no puede ser otro que el de obrar con la diligencia y la prontitud necesaria para no comprometer gravemente los intereses de los cuenta-habientes, demandado inmediatamente la cancelación de los documentos e impetrando las medidas cautelares que indica el artículo 806 del Código de Comercio. Solamente en el evento de que se trate de títulos no cancelables (cheques de legitimación manual o “al portador”) y no mediando fuerza mayor o caso fortuito, podría decirse que es de cuenta del banco la pérdida, aplicando las disposiciones que gobiernan la responsabilidad del mandatario en la comisión mercantil (artículo 1292 y 1294 del Código Comercial).

2.3.4 Llevar la Relación de la Cuenta: Cada cuenta corriente es una contabilidad individual, manejada en la práctica por el movimiento resultante

entre consignaciones, giro y pago de cheques, de lo cual resulta el saldo periódico de la cuenta a favor del cuentacorrentista, o del banco en caso que la cuenta este en descubierto.

2.3.5 Comunicar y Devolver los Cheques consignados y no pagados: Es obligación del banco devolver los cheques que el cuentacorrentista haya consignado y que no hubieran sido pagados por cualquiera de las causales a efecto de que pueda intentar las acciones que a bien tenga. Obviamente tal devolución va precedida de la comunicación sobre el no pago del cheque pues no de otra manera el cuentacorrentista enterarse de los cheques devueltos.

2.3.6 Mantener la Reserva Bancaria: entendida como la obligación de los bancos para extraer de sus activos de cada de cada ejercicio social el porcentaje establecido a fin de brindar una mayor seguridad de capital social y servir de garantía en las operaciones mercantiles, y otra muy diferente es la llamada reserva bancaria o secreto bancario. Esta es una obligación que se ha impuesto a los bancos para no revelar, divulgar o dar a conocer a terceras personas la información relativa a su clientela¹².

La primera se refiere a que todo establecimiento bancario deberá formar un fondo, que se conocerá con el nombre de “fondo de reserva”, el cual será creado, con sus utilidades líquidas o con pagos recibidos de accionistas, por el

¹² PAUCAR ARRUBLA, Jaime. Contratos Mercantiles, Biblioteca Jurídica DIKE, Tomo I, Séptima Edición, 1997 p 53.

exceso sobre el valor a la parte de acciones suscritas. El fondo de reserva no podrá destinarse al pago de dividendos. Tampoco será usado para cubrir gastos o pérdidas durante el tiempo en que el establecimiento bancario tenga utilidades indivisas.

si el fondo de reserva no es igual al veinte por ciento (20%) del capital autorizado la décima parte de tales utilidades se acreditará al fondo de reserva; o tanto de allí en adelante, menos del diez por ciento (10%) que sea necesario para que tal fondo de reserva igual al veinte por ciento (20%) del capital autorizado. Los directores de un establecimiento bancario pueden declarar anualmente, semestralmente o por trimestres, pero no con más frecuencia, los dividendos que juzguen apropiados según el saldo de las utilidades o de las no repartidas de años anteriores, o de ambas. Ningún establecimiento bancario podrá acreditar o pagar dividendos a sus accionistas, hasta tanto que haya subsanado cualquier desmejora en su capital y cualquier disminución en el encaje que debe tener sobre los depósitos (art. 90 ley 45 de 1923). El fondo de reserva, conforme a los artículos 10 y 89 de la Ley 45 de 1923 sobre establecimientos bancarios, no puede ser reducido para cubrir pérdidas, a menos del veinte por ciento (20%) del capital autorizado, sino en los siguientes casos: a) Cuando el banco carezca de utilidades indivisas, es decir, de utilidades acumuladas que no se han distribuido en forma de dividendos o transferido al fondo de reserva, pues tales utilidades no repartidas (reservas eventuales) están afecta en primer término, a cubrir dichas pérdidas, y b) Cuando teniendo el banco utilidades indivisas, ellas no alcanzan a cubrir el total de pérdidas, caso en el cual se puede tomar del fondo de reserva la suma

necesaria para atender el exceso de pérdidas sobre las citadas utilidades indivisas. En ambos casos es entendido que el banco queda obligado a aumentar nuevamente el fondo de reserva legal hasta el 20% del capital autorizado en la forma y términos prescritos por el artículo 90 de la citada ley.

La segunda se trata de que los bancos deben guardar la debida reserva de la información a que tenga conocimiento con motivo de sus transacciones y de la relación comercial con sus clientes. la reserva bancaria puede ser levantada, como excepción de acuerdo al artículo 15 de constitución política colombiana, en los siguientes casos “a) para la tasación de impuestos a fin de verificar la exactitud de las declaraciones, b) para la vigilancia de los establecimientos de crédito, las sociedades mercantiles y las instituciones de utilidad común; c) en la investigación de los delitos conforme a las disposiciones del código de procedimiento penal; d) en los procesos civiles conforme a las normas del código.”¹³ A esta reserva también están obligados la dirección, la administración y los empleados del establecimiento bancario. Es por todo lo anterior por lo que la reserva bancaria puede levantarse cuando así lo disponga la ley o cuando el cliente voluntariamente acceda al conocimiento de los terceros.

Es levatable la reserva bancaria, en virtud de lo dispuesto en el Decreto extraordinario 1771 de 1975. Las respectivas sesiones de liquidación y las de auditoria de las administraciones de impuestos nacionales, son las competentes a prevención para practicar la liquidación de que trata el Decreto

¹³ Código de comercio, artículo 63

2821 de 1974. Para tal efecto, pueden requerir información de todas las personas naturales y jurídicas residentes o domiciliados en el país. Por esta razón, la Administración de Impuestos Nacionales dispone de un amplio y constante cruce de información de fuente oficial y privada, provenientes esta últimas de las declaraciones de renta y patrimonio de los contribuyentes, de la declaración simplificada de quienes, según el artículo 2º del Decreto 2821 de 1974, no son contribuyentes, y de los informes que a partir de determinada cuantía deben redimir los bancos periódicamente sobre los depósitos de su cuenta-habientes.

2.3.7 Pagar los Cheques Girados por el Cuentacorrentista. La forma mediante la cual el cuentacorrentista dispone de los saldos, parcial o totalmente, es mediante el giro de cheques, a no ser que otra forma se haya convenido con el banco. En consecuencia, la entidad bancaria está obligada a pagar los cheques girados por el cuentacorrentista, hasta la concurrencia del saldo, o el límite de sobregiro acordado, de existir. El banco de conformidad con el artículo 720 del Código de Comercio, está obligado, en sus relaciones con el librador, a cubrir el importe del cheque, salvo disposición legal que lo libere de tal obligación, dado el carácter de los bancos y la naturaleza del contrato de cuenta corriente, estas entidades se limitan al pago de cheques de sus clientes, pero obviamente dicha función se cumple en la medida que existe una provisión de fondos concurrente con el valor del cheque presentando y no hayan situaciones que impidan el pago. En este orden de ideas, si existen fondos disponibles y suficientes, el banco pagará el cheque; además porque no

existen órdenes de revocación o cualquier otra limitante para negarse. Entonces, lo normal es que el cheque se presente y el banco lo pague en su totalidad, lo anormal es el no pago para carencia de fondos insuficientes, por revocación, orden de autoridad competente o por circunstancias inherentes al título¹⁴.

Obviamente los fenómenos de presentación y pago son concurrentes, pues el pago está precedido de la presentación y ésta es un requisito de aquel. No puede existir pago sin presentación pero la presentación no es sinónimo de pago. Perfectamente podría presentarse un cheque para el cobro y el girador no posee fondos en su cuenta corriente, razón por la cual el cheque no sería cubierto por el banco. Apartémonos un poco de estas hipótesis para examinar algunos aspectos del pago:

a) Generalmente el cheque es presentado para el cobro en la fecha contenida en el título o dentro de los plazos ya señalados. Este debería ser el sentido en razón a la sociedad y respecto con que ocurren las transacciones mercantiles y particularmente hablando de un título especial como es el cheque. Pero en ocasiones tales características parecen desaparecer de la mente de las personas, pues llegado el caso los cheques son presentados con anterioridad a su fecha, desvirtuándose los compromisos y responsabilidades mercantiles.

¹⁴ LEAL PEREZ, Hildebrando. Código de Comercio. Comentando 1ª, Edición, Santafé de Bogotá, D.C., Ediciones Fundaciones Jurídicas Colombianas, 1992 artículo 720.

¿Es posible esto, existe algún fundamento que autorice introducir modificaciones unilaterales en la presentación? Creemos que sí, recordemos que el cheque es una orden incondicional de pago; es más, el artículo 717 del Código de Comercio preceptúa que el cheque será siempre pagadero a la vista, por lo que cualquier anotación en contrario se tendrá por no puesta. Retrocediendo un poco, en debida oportunidad expresamos que para la existencia de los títulos valores la ley mercantil exige que contenga las menciones y llenen los requisitos por ella señalados, salvo que la misma presuma (artículo 620 Código de Comercio), tratándose del cheque, además de los requisitos exigidos por el artículo 621 del Código de Comercio para la generalidad de los títulos valores, como son la mención del derecho que en título se incorpora y la firma de quienes lo crea, la ley señala que hay de contener: La orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero, El nombre del banco librado, y La indicación de ser pagadero a la orden o al portador. Otras legislaciones que establecen en esta materia un sistema estrictamente formalista, exigen como uno de los requisitos para la validez del título la indicación de la fecha. En nuestra legislación la fecha de expedición no es uno de los requisitos esenciales para la existencia del cheque, éste no se perjudica cuando señala en el una fecha distinta a la verdadera, antedatando o posfechando el instrumento. El primer fenómeno tiene como efecto primordial acordar el plazo de presentación. Es obvio que si la ante datación se realiza con la atención de producir el vencimiento del término de presentación a fin de revocar y no pagar el instrumento, se trata de una maniobra fraudulenta y por

ende punible, correspondiendo al tenedor del título probar la fecha de emisión y entrega del instrumento¹⁵.

b) ¿qué sucede con el cheque posfechado? El cheque posfechado es el emitido en una fecha anterior a la indicada en el título. Como su nombre lo indica, la fecha de presentación es posterior al día de su expedición. El cheque posfechado es la forma comúnmente utilizada en las transacciones mercantiles, pues facilita el pago e implica un crédito más o menos amplio en el mundo del mercado. Conforme a la segunda parte del artículo 717 el Código de Comercio, el cheque posfechado o posdatado es pagadero a su presentación.

En nuestro sistema jurídico-comercial, como cuestión generalizada en los negocios, se entiende como cheque posdato aquel que un beneficiario recibe sometido a plazo para ser pagado, a sabiendas de que el girador no tiene provisión de fondos en el banco librado para descargarlo, o que aún teniéndola en cantidad suficiente o no, debe esperar un tiempo para presentarlo, al cabo del cual se obligó el librador a pagarlo. La doctrina en la materia viene sosteniendo reiteradamente que el cheque posdatado es un instrumento de crédito que entraña una actitud contractual, un concordato, entre el girador y el beneficiario del cheque; que la función esencial del cheque es la deservir de medio de pago en sustitución de la moneda.

¹⁵ PEÑA NOSA, Lisandro. Curso de Títulos Valores. Cuarta Edición, Santafé de Bogotá, Editorial Temis, 1992 p 57.

c) Abstenerse de pagar algunos cheques. El principio general es que la entidad bancaria debe pagar los cheques girados por el cuentacorrentista. La excepción es que en algunas ocasiones debe abstenerse de hacerlo.

d) No pago por revocación: La revocación es la orden que le da el girador al banco para que se abstenga de pagar el cheque. Esta orden obviamente es unilateral, proviene única y exclusivamente del librador. Las razones no importan, simplemente basta que se produzca la orden para que el banco no pague el título. Por ello el banco es ajeno a los motivos que llevaron al girador a tomar una decisión de revocación, y por ello también el único responsable es el librador. La revocación, debe comunicarse naturalmente al banco y tal comunicación se entiende como notificación de la decisión tomada. La notificación, aunque no lo dice el Código, debe realizarse por escrito, pues sólo de esta manera podrá servir como prueba de comunicación, de la decisión unilateral, de la orden de no pago. Así una vez recibida la notificación el banco no podrá pagar el cheque. De otro lado, la revocación opera en cualquier momento, así no hayan transcurrido los plazos para su presentación, excepción hecha al cheque certificado, en donde el librador no podrá revocarlo antes de que transcurra el plazo de presentación. Significa que la orden de no pago puede darse antes de la fecha señalada para la presentación, concurrente con dicha fecha, o posterior a la misma, es decir, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha indicada en el cheque para el pago; término máximo de presentación, según el artículo 721 del Código de Comercio¹⁶.

¹⁶ Ibid, pag. 56

e) No pago por Causas Generales: Hoy día se tipifican como causales generales de no pago las siguientes: Carencia de fondos, fondos insuficientes, pago parcial, librado en chequera ajena, cuenta saldada, cuenta cancelada, saldo embargado, orden de no pago, presentación posterior a los seis (6) meses del libramiento, liquidación o concurso del girador; instrumento aparentemente falsificado, firma no concordante con la registrada, falta de sello antifirma registrado, falta endoso, falta continuidad de endosos, falta de protector registrado, identificación insuficiente del tenedor, falta el sello de canje, tenedor distinto del beneficiario, cheque enmendado, falta cantidad en letras y/o número, cantidad diferente en letras y números y mal remitido. Otra causal consiste en la certificación sobre abono de cheque fiscal en cuenta de la entidad pública beneficiaria y certificación de consignación del cheque en la cuenta del primer beneficiario.

2.4 APERTURA DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE

Dos aspectos, básicamente, interesan ser vistos en la apertura de cuenta corriente bancaria: a. La capacidad en el cuentacorrentista y, b. Las modalidades operativas

2.4.1 Capacidad de Cuentacorrentista: esta capacidad necesaria es observada frente a personas naturales y jurídicas.

❖ **Personas Naturales.** Las personas naturales son las físicas, las individualmente consideradas. La apertura de una cuenta corriente supone capacidad para la disposición sobre dinero, y por tanto presupone capacidad por la gestión patrimonial sobre bienes muebles. El principio que regula esta materia es sencillo: sólo las personas capaces jurídicamente y en pleno uso de sus derechos civiles pueden abrir una cuenta bancaria. La regla en el Derecho Civil es la capacidad en el sentido de capacidad jurídica, o sea, de aptitud para ser titular de derechos y de asumir obligaciones. En este sentido, toda persona es capaz jurídicamente, pero no todas tiene capacidad de obrar, es decir, capacidad de ejercicio de los derechos.

El banco necesita, al abrir una cuenta corriente, informarse con exactitud sobre si esta capacidad de obrar existe o no en un futuro cliente. Para ello requerirá la presentación de los documentos normales de identidad. Los problemas surgen no respecto de las personas capaces, sino respecto de aquellas otras a las que se refiere nuestro Código Civil, cuando habla de menor de edad, de la demencia, de la sordomudez (que no se haga entender) y la interdicción civil como restricciones de la personalidad jurídica. Es claro que la cuenta no podrá ser abierta más que a petición del administrador legal del menor o incapaz se

encuentra bajo la tutela o administración legal de X como tutor, padre o madre. Para saber si una persona es menor de edad o si está sometida a tutela, el banquero tendrá que acudir al Derecho Civil; los documentos que legitimen en cada caso al tutor o representante legal serán los que exija el Código Civil. De aquí se desprenden que en cualquier caso de tutela el tutor tiene la administración de los bienes de pupilo. Siendo la apertura de una cuenta corriente bancaria un acto de pura administración, es claro que cae dentro de las facultades del tutor.

Este podrá, además retirar los fondos, ingresarlos, constituir y retirar depósitos valores, etc. Toda tutela tiene, por lo menos un contenido económico. Así, el tutor está obligado a administrar el caudal de los menores o incapacitados con la diligencia de un “buen padre de familia”. En cambio, necesitará autorización para colocar el dinero sobrante en cada año después de cubiertas las obligaciones de la tutela. He aquí el principio que debe regir el funcionamiento de la cuenta: el tutor puede realizar por si todos los actos conservativos y de mera administración que darán lugar a las operaciones bancarias propias de un servicio de caja. Más sin autorización no puede realizar actos de dominio.

Para todas las demás operaciones propias del funcionamiento normal de una cuenta bancaria (pagos, cobros, compra de valores, depósitos en constitución y retirada, etc.), el Banco ha de secundar las órdenes del tutor.

❖ **Personas Jurídicas.** El principio de la autonomía patrimonial de las personas jurídicas se formula al decir que las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones conforme a las leyes y reglas de constitución. Son personas jurídicas:

a. Las Corporaciones, Asociaciones y Fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a Derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. b. Las sociedades de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independientemente de la de cada uno de los asociados.

Pues bien, las sociedades de interés particular citadas son las sociedades civiles y las mercantiles. Las primeras gozan de personalidad jurídica cuando sus pactos se otorgan en escritura pública. Las segundas gozan de personalidad jurídica cuando se constituyen con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio, es decir, cuando se constituye escritura pública y esta escritura se inscribe en el Registro Mercantil. La capacidad de unas y otras se rige por estatutos.

En definitiva, el problema que aquí interesa es un problema de representación de la persona jurídica, ya que sólo quien tenga el carácter de representante suyo podrá abrir cuentas bancarias a nombre de la sociedad. Los estatutos

sociales regulan la designación de los órganos representativos y la delimitación de sus facultades. Pero en las relaciones de la sociedad con terceros rigen a veces como decreto preferente o inderogable, las normas legales sobre representación. Tal ocurre especialmente en las sociedades mercantiles, tanto colectiva y comanditas, como anónimas y de responsabilidad limitada. En cada caso el órgano representante de la sociedad estará capacitado para las órdenes que el banco tendrá que secundar.

b).- Tipos Operativos: Diversas pueden ser las modalidades operativas de la cuenta corriente bancaria, cuyos titulares sean personas físicas o jurídicas conforme fueren una o más personas las que tengan intervención frente al banco durante la vigencia del contrato:

- ❖ A nombre y orden de una misma persona. Este caso no ofrece ninguna duda.
- ❖ A la orden recíproca o indistinta de dos o más personas. En este caso, la disponibilidad de los fondos de la cuenta puede ser efectuada por cualquiera de los titulares registrados, “con su sola firma”. Los fondos existentes les pertenecen indistintamente, por lo que cada titular puede retirar la totalidad de los fondos depositados. En la hipótesis de fallecimiento o incapacidad sobreviviente de cualquiera de los titulares, los restantes pueden disponer de los fondos sin limitación alguna, salvo que mediante orden judicial en contrario. Los titulares serán acreedores

o deudores solidarios del banco, si la cuenta corriente tuviere un saldo deudor, pudiendo éste requerir a todos los deudores solidarios conjuntamente o a cualquiera de ellos. Las relaciones de derecho que ligan a los cuentacorrentistas entre sí, son ajenas al banco, por lo que a éste le está vedado investigar a quien pertenecen los depósitos. El embargo contra cualquier titular, abarca la totalidad de los fondos existentes.

- ❖ A la orden Conjunta o Colectiva. En este caso, se presume que los fondos pertenecen a los titulares por partes iguales. Por lo tanto, la disponibilidad de los fondos depositados se efectuará mediante giro firmado por todos los cuentacorrentistas. Ante el fallecimiento o incapacidad sobreviviente de alguno de los titulares, el contrato se extinguirá ipso jure y la disponibilidad del depósito sólo tendrá lugar por orden judicial. El embargo trabado contra cualquier titular abarca solo la porción a prorrata que le corresponde sobre los fondos existentes.

- ❖ A nombre de una persona y a la orden de otra o más personas. En este supuesto, el banco entregará en todos los casos el depósito a la persona a cuya orden está la cuenta. La persona a cuyo nombre figura la cuenta no tiene derecho a reclamo alguno. El fallecimiento o la incapacidad sobreviviente de la persona a cuya orden está la cuenta, provoca que los fondos depositados sean entregados a su titular o bien a la persona a la

cual corresponda la administración de sus bienes conforme lo establecido en el Código Civil. Pero de ocurrir el fallecimiento de titular de la cuenta, los fondos depositados quedarán a disposición de quienes resulten ser sus causahabientes. En este tipo de cuentas los fondos depositados pertenecen al titular; o sea, a aquel al cuyo nombre está la cuenta. Y la facultad acordada a una persona de girar sobre tales fondos no importa confiarle derecho alguno sobre los mismos sino tan sólo un mandato, para retirarlos del banco. Si fallece el titular del depósito, ese mandato fenece y el banco, en conocimiento de ello, no debe entregar los fondos del girador.

- ❖ A nombre de personas de existencia ideal. Se trata de la apertura de cuentas solicitadas por entidades, asociaciones civiles, sociedades o fundaciones, revistan o no con personería jurídica, se encuentren o no regularmente constituidas. Ahora bien, una vez abierta la cuenta corriente, el contrato no podrá ser modificado unilateralmente. La actividad bancaria por definición legal es un servicio público en el que por la misma razón la autonomía de la voluntad está limitada por la convivencia del bien común y en guarda de esa situación el Superintendente Bancario tiene facultades suficientes para dar órdenes pertinentes que mantengan el sistema operado dentro de los mismos parámetros para todas las entidades bancarias. Por esta razón, el contrato de cuenta corriente bancaria, está sujeto a las limitaciones que la ley y el verdadero servicio público le imponen, sin que las partes

puedan alegar su simple voluntad autónoma para modificar el régimen establecido en contratación de la cuenta corriente bancaria.

En consecuencia, si un ciudadano ha suscrito contrato de cuenta corriente en alguna entidad, no puede ésta dentro del mismo contrato modificar unilateralmente las condiciones establecidas o hacer para aquel más gravoso el servicio de cuenta corriente a que tiene derecho desde el momento en que fue aceptado como cuentacorrentistas.

2.5 EL CHEQUE INSTRUMENTO DE LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA

Definición: Nuestro Código de Comercio no define lo que es el cheque, pero teniendo en cuenta la forma como aparece regulado en este estatuto, puedo decir con PEÑA NOSSA: “El cheque es un título valor impreso en formularios bancarios, contentivo de una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero, dirigida por una persona llamada girador contra una entidad bancaria (librado) y pagadero a su presentación” o como dice HILDERBRANDO LEAL PEREZ, “El cheque es una orden incondicional de pago librado contra un banco donde el girador tiene fondos depositados a su

orden en una cuenta corriente bancaria, o si carece de tales fondos, tiene autorización del banco para girar al descubierto¹⁷".

2.5.1 Forma material del cheque. Dos aspectos formales tienen relación con la materialidad del cheque. De un lado, es preciso indicar que el cheque es un documento escrito y de otro, su expedición tendrá que someterse a los formularios o talonarios o libretas que para tal fin distribuyen el banco donde el titular posee la respectiva cuenta corriente.

a).- El Documento Escrito: El cheque es un documento escrito, representado en un papel con impresiones precisas, cuyo fin consiste en demostrar un derecho, el contenido en el documento mismo, es decir, el documento elaborado consagra a su tenedor o beneficiario el disfrute del derecho incorporado. Así, el medio de prueba no es otra cosa que la literalidad, la escritura, las palabras insertas en el documento mismo. No basta poseer un cheque, lo importante es su contenido, la expresión del derecho conferido. Todo cheque está conformado de dos partes: anverso y su reverso. El anverso se dice que es principal porque allí aparece el esqueleto o formato de los datos a llenar en el momento de ser emitido, librado o girado; valga decir, la mención del banco, su oficina, el número del banco, la suma girada en letras y números, el nombre del beneficiario, el número de la cuenta corriente del titular, la codificación interna del banco, el lugar del libramiento y el espacio para la firma del girado.

¹⁷ LEAL PEREZ, Hildebrando. Código de Comercio, Comentando 1ª, Edición, Santafé de Bogotá, D.C., Ediciones Fundaciones Jurídicas Colombianas, 1992.

El reverso del cheque, su parte trasera, va completamente libre, no contienen escrito alguno. Empero, algunos bancos imprimen también esta parte con líneas para la firma de endosantes con su documento de identificación, y para el evento de cheques a consignar en cuenta corriente diseñan un lugar especial dejando la mitad de la parte posterior para el uso o trámite interbancario, o sea, imposición de sellos, fechas de consignación, etc. Ahora, ¿cuál es la intención o razón de ser de la parte reversa del cheque? Se cree que es la dada por los bancos respecto de las anotaciones referidas. Así, el reverso del cheque puede perfectamente utilizarse para: Expresar el endoso o endosos, Consignar las devoluciones de endosos, Insertar el sello o acto de protesto, cuando a ello haya lugar, Indicar el número de cuenta corriente en que se pretende consignar el título, e Imponer los sellos de consignación e interbancarios, etc.

En los formularios se expresa “páguese a la orden de... “o al portador”. La única frase invariable para que sea cheque es la expresión “páguese a...” si se borra la expresión “o al portador” y se coloca un nombre en el espacio precedente y que se sigue a la palabra “orden” y “al portador” será un cheque a la orden de una persona determinada y que para transferirlo necesita del endoso: si se borra la palabra “la orden” y “o al portador” quedará un cheque normativo que no se puede transferir por endoso y, si se borra la expresión “a la orden”, colocándose, no podrá ser pagado, sino al beneficiario directo. Hay datos que son invariables: nombre del banco librado; sede de dicha institución, serie y número del documento; ya que se trata de formularios impresos y cuya

serie y número forzosamente tienen que emanar del banco emisor de cheques, líneas en orden para ser llenadas en forma clara.

Así para colocar la cantidad girada en números hay un espacio precedido de un signo monetario. Una línea determinada para la persona del beneficiario precedido de la formula “páguese a la orden”. Otra línea precedida de la expresión “la cantidad de” u otra frase equivalente y el lugar para la firma del girador. Generalmente la fecha viene en parte impresa y en parte para ser llenada; en este orden hay un espacio en blanco para colocar el lugar de expedición seguido el espacio de un signo coma (,) con espacio en blanco para la fecha y después la palabra “de” seguida de un espacio en blanco para colocar el mes correspondiente, un espacio en blanco para colocar el último número del año correspondiente. Esta doble escritura impresa y manuscrita, se supone por la ley cuando esta impone la obligación de girar en talonario de formularios. La escritura no impresa puede hacerse a mano o mecanografiada. Manuscrita, en su caso, con cualquier instrumento apto para escribir; el único requisito es que los datos consten por escrito. Claro está que hay tanto mayor peligro de falsificación, cuanto más fácil de alterar sea el escrito. Para hacer imposible la falsificación, en cuanto a la cantidad de dinero se ha acudido a la escritura perforada: la jurisprudencia norteamericana ha llegado a considerar este método como un medio necesario para evitar responsabilidades de parte del girador.

2.5.2 Formularios de cheques. Conforme al artículo 712 del Código de Comercio, el cheque solo puede ser expedido en formularios impresos de cheques o chequeras a cargo de un banco. Ello es apenas natural, pues el banco es la institución encargada del control de la cuenta corriente de su cliente y el responsable de la impresión de los talonarios o libretas de cheques. Es que apenas se suscribe el contrato de cuenta corriente entre el banco y el cliente, se le asigna al segundo un número de cuenta y con él se procede a la impresión de los talonarios, los cuales le son entregados al cliente para que inicie el libramiento de cheques. Una vez agotada la chequera, el banco a petición del cliente y a su costa, repetirá el proceso de impresión y entrega. Ahora bien la forma o diseño de los cheques y del talonario se deja a libre iniciativa del banco. Es costumbre hoy en día difundida diferenciar las chequeras de las personas naturales con respecto de las sociedades y personas jurídicas. Estas últimas vienen conformadas en tamaño mayor que las primeras, pero el contenido es igual. El número de cheques de un talonario puede variar de acuerdo a las necesidades del cliente y a las políticas de cada banco en este aspecto; los hay de 30, 50 y 100 y algunos de cortesía de 10 cheques. El talonario, además de las hojas que lo adornan o protege, está constituido por dos cuerpos fundamentales. El talón o colilla y el cheque¹⁸.

El primero, puede decirse es el borrador del cheque, pero además de un borrador la colilla representa para el titular de la cuenta un comprobante

¹⁸ RENGIFO, Ramiro. Títulos y Valores, Sexta Edición, Medellín, Editorial Señal Editora, 1992 p 23.

privado respecto del cheque girado, porque a cada cheque le corresponde un talón. En consecuencias, la colilla está compuesta de la siguiente impresión: 1. El número del cheque al cual corresponde; 2. La fecha de emisión o de cobro; 3. El nombre de la persona beneficiaria; 4. El concepto por el que se gira el cheque; 5. El saldo anterior a la fecha del girado; 6. Un extracto de consignaciones y la fecha de las mismas, para lograr una sumatoria del saldo y de los valores consignados, con el objeto de disminuir o restar el valor del cheque girado y obtener un nuevo saldo, el cual pasará a la colilla siguiente. Se pretende con ello suministrar al girador un control del movimiento de la chequera para que directamente conozca las partidas de su cuenta y pueda tener información sobre los saldos a su favor no superables al depósito existente. En estos también permanecen adheridos a la chequera y constituyen su historial. El girador sabrá a ciencia cierta las cantidades giradas, sus beneficiarios, la fecha y el concepto de giro. A continuación del talón o colilla viene el cheque propiamente dicho, separado de la chequera y del talón por una línea perforada a efecto de que pueda ser retirado sin inconveniente alguno. El cheque contendrá las menciones respectivas ya indicadas¹⁹.

Finalmente, ¿Qué implicación tendría el giro de cheques en talonarios no impresos por el banco? En este punto se presenta dos hipótesis, en primer lugar, si aparecen cheques con las indicaciones señaladas, pero cuya chequera no fue impresa por el banco, obviamente entraríamos al campo penal por falsedad en documento privado, en la medida en que si el banco no

¹⁹ PEÑA NOSA, Lisandro. Curso de Títulos Valores. Cuarta Edición, Santafé de Bogotá, Editorial Temis, 1992 P 45.

efectuó la impresión, lógico es suponer que otra persona lo hizo por fuera de la institución, suplantando su nombre y la función otorgada por la ley. En segundo término, si una persona pretende emitir un título valor diseñado ella misma las menciones del cheque, naturalmente, ese documento no podría producirse los efectos de un título valor, tal como lo consagra el artículo 712 del Código de Comercio.

2.5.3 Clases de cheques. Muchas y variadas son las formas o clases de cheques. La doctrina se ha encargado de presentar toda una gama, utilizados comúnmente, unas veces, desconocidos en nuestro medio, en otras. El Código de Comercio concibe como cheques comunes los librados a la orden y al portador y los cheques posdatados. Como cheques especiales se regulan los cheques cruzados, para abono en cuenta, certificado con provisión garantizada de gerencia y de viajeros. Pero además de estos cheques el mundo mercantil conoce toda una serie de cheques²⁰.

- ❖ **A la orden.** El cheque a la orden es el girado a favor de una determinada persona. La transferencia de estos cheques se efectúa por endoso y entrega del título. La transferencia de un cheque a la orden por medio diverso del endoso subroga al adquirente en todos los derechos que el título confiere, pero sujeta en todas las excepciones que se hubieren podido oponer al enajenante. Así, para que el tenedor de un cheque a la orden pueda legitimarse, la cadena de endosos debe

²⁰ BECERRA LEON, Henry Alberto. Títulos Valores. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa fe de Bogotá, 2000 p 33.

ser interrumpida. Sabido es que el obligado no puede exigir que se compruebe la autenticidad de los endosos, pero lo que si debe es identificar al último tenedor y verificar la continuidad de los endosos.

- ❖ **Al portador.** Los cheques al portador son los que no se expiden a una persona determinada. Generalmente esta clase de título lleva la expresión “al portador”, pero no es condición esencial, porque seguirán siéndolo así no contengan tal expresión. Basta simplemente que no estén girados a personas determinadas. Entonces, la simple exhibición del título legitima al portador y su tradición se produce por la mera entrega.

- ❖ **A la orden o al portador.** Cuando en un cheque esté impreso la expresión “páguese a la orden de” y al final del renglón, y en letra diminuta dice “o al portador”, y el librador lo expide a favor de una persona determinada, pero no tacha la expresión “o al portador” ¿cómo debe considerarse y tratarse el cheque: como a la orden o como al portador? El Código de Comercio establece para las diferentes clases de títulos valores y su ley de circulación, la forma como ellos pueden ser negociados. Para el caso en estudio solo es necesario referirse a los títulos a la orden y los al portador. Se negocian entonces por endoso acompañado de su entrega. El artículo 668 del código de comercio expresa que son títulos valores al portador los que no se expiden a

favor de persona determinada aunque no incluya la cláusula al portador, y los que contengan dicha cláusula. La simple exhibición del título legitimara al portador y su tradición se producirá por la sola entrega²¹.

Por su parte el artículo 713 del código de comercio ordena, entre otras cosas, que el cheque ha de contener la indicación de ser pagadero a la orden o al portador si lugar a dudas, la “o” empleada en el artículo mencionado es disyuntiva, es decir que concede al librador del instrumento la alternativa de extenderlo de una u otra forma; pero de ninguna manera a nombre de determinada persona y simultáneamente al portador. Esta conclusión es la consecuencia lógica de la armonización del artículo 713 con el 651 y el 668. Conforme al artículo 712 del Código de Comercio los cheques solo pueden ser expedidos en formularios impresos de cheques o chequeras a cargo de un banco, con las características enumeradas en los artículos 621 y 713, y las demás que el banco estime conducentes y sean compatibles con su naturaleza. La cláusula “o al portador”, que algunos bancos acostumbran insertar en los formularios de cheques no es incompatible con su naturaleza, pues no contraría ninguna disposición legal y, por lo tanto, si entre el banco y su cuentacorrentista no se pacta otra cosa, es legalmente viable. En consecuencia si en un cheque en que aparezca impresa la cláusula “o al portador”, el librador lo gire a favor de una determinada persona sin tachar

²¹ LEAL PEREZ, Hildebrando. Código de Comercio, Comentando 1ª, Edición, Santafé de Bogotá, D.C., Ediciones Fundaciones Jurídicas Colombianas, 1992 art. 668.

aquella expresión el título es al portador y negociable por lo mismo mediante la simple entrega, pero debe suponerse que no obstante haberlo girado a la orden de una persona determinada, se está aceptando implícitamente por el hecho de no tachar la cláusula “o al portador”, que sea ta²²l.

❖ **Cruzado.** El cheque cruzado como su nombre lo indica, es aquel que el girador o tenedor cruza con dos líneas paralelas trazadas en el anverso. El fin del cruzamiento es dar mayor seguridad al título y obligar que solo sea cobrador por un banco. El cruzamiento no podrá ser borrado y para tal efecto la única persona que puede darle otro rumbo, es decir, suprimir los efectos del cruzamiento, es el librador, colocando la debida nota al reverso, estampando su firma y demás señales acordadas. El cruzamiento adquiere dos formas. El cruce general y el cruce especial. El cruce especial se caracteriza porque en medio de las dos líneas aparece el nombre de un banco, razón por la cual el cheque únicamente podrá ser cobrado por el banco cuyo nombre aparece entre las dos líneas o por el banco a quien el anterior le endosará para el cobro. Es prohibido borrar el nombre del banco, pues solo la institución que lo coloca podrá prescindir de él. El cruce general es el que coincide con la definición, o sea, cuando aparecen las dos líneas paralelas sin que exista nombre del banco en medio. Los cheques con cruce general pueden ser cobrados por cualquier banco,

²² PEÑA NOSA, Lisandro. Curso de Títulos Valores. Cuarta Edición, Santafé de Bogotá, Editorial Temis, 1992 p 50.

generalmente donde el tenedor o beneficiario tiene su cuenta. En algunas ocasiones suele colocarse un sello que dice: “cruzado”, entendiendo que el efecto es el mismo. Entonces de conformidad con lo establecido en los artículos 734 y 735 del Código de Comercio, el cruce consiste en el trazo transversal de dos líneas paralelas en el anverso del cheque, lo cual viene a determinar que su pago solo puede hacerse a través de consignación en cuenta corriente, que puede ser o no la del beneficiario del cheque. Así en el caso de un cheque de una persona natural, siempre y cuando esté debidamente endosado, pues el cruce es una condición que limita la negociabilidad del cheque, puede ser consignado en cualquier entidad bancaria si entre líneas no aparece un nombre determinado, siempre que el cheque sea transferido por endoso.

- ❖ **Para abono en cuenta:** La expresión “para abono en cuenta” u otra equivalente es utilizada por el tenedor o librador de un título con el objeto de prohibir el pago del cheque en efectivo. Tiene por finalidad que el banco solo pague el cheque abonado su importe en la cuenta que lleva o abre el tenedor. Entonces, si el banco paga el cheque en contravención a la expresión colocada, responderá por el pago irregular. El cheque para abono en cuenta deriva su naturaleza de la cláusula “para abono en cuenta” que en el se inserte, la cual produce determinados efectos jurídicos. Es preciso distinguir entre quien está

facultado para insertar dicha cláusula y cuales son los requisitos de la misma.

- ❖ **Certificado.** Conforme al artículo 739 del Código de Comercio el librado o tenedor de un cheque puede exigir que el banco certifique la existencia de fondos disponibles para su pago. En virtud de esta certificación el girador y todos los endosantes quedan libres de responsabilidad. La certificación no puede ser parcial ni entenderse a cheques al portador. La certificación, por provenir del banco, lo hace cambiariamente responsable frente al tenedor, porque la certificación implica que el banco garantiza al tenedor de que el cheque será pagado a su oportuna presentación. De otro lado, la certificación puede en verdad adquirir la forma de un verdadero certificado, pero también equivalen a certificación las expresiones “visto bueno” u otras equivalentes que provengan del banco, o incluso la firma de la persona autorizada por la entidad para certificar. Finalmente, una vez certificado el cheque, éste no podrá ser revocado por el librador antes de que transcurra el plazo de presentación. El artículo 740 del código de comercio limita la responsabilidad cambiaria del librado frente al tenedor al tiempo de presentación oportuna, término éste establecido por el artículo 718 del Código de Comercio, para cada uno de los casos allí contemplados en concordancia con el artículo 721 del mismo Código. Si el cheque no es presentado dentro del término, el banco deja de ser obligado cambiario, pues su obligación se circunscribe

frente al tenedor, a pagárselo siempre y cuando se lo presente oportunamente²³.

❖ **Con provisión garantizada.** Los cheques con provisión garantizada son una especie de cheques certificados. Miremos porqué. De acuerdo con el artículo 743 del Código de Comercio, los cheques con provisión garantizada son formularios especiales de cheques entregados por el banco al cuentacorrentista, los cuales les faculta para girar cheques hasta un límite máximo. Por ello en el cheque debe quedar impresa la fecha de entrega y la cuantía hasta por la cual el cheque podrá ser girado. Con esta actitud el banco garantiza a los tenedores el pago por la suma indicada y sin sobrepasar el límite señalado, garantía que es perfectamente asimilable a la certificación, aspecto confirmado por el segundo inciso del mencionado artículo. Ahora bien, la provisión garantizada no es un fenómeno eterno, sino, por el contrario, limitativo en cuanto al tiempo se refiere. Tal como lo preceptúa el artículo 744 del Código de Comercio, la garantía de la provisión se extingue si el cheque no es presentado dentro del año siguiente a la fecha de la entrega de los formularios, fecha que claramente conocen los tenedores porque ella se hace constar en el cheque, por ser un requisito exigido por la ley.

²³ BECERRA LEON, Henry Alberto. Títulos Valores. Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Santa fe de Bogotá, 2000 p 35.

❖ **De gerencia.** Los cheques de gerencia, circulares o de caja, como son conocidos en otras legislaciones, son los expedidos por los bancos a cargo de sus propias dependencias. Se trata de un cheque muy especial, naturalmente negociable, a no ser que el banco exprese lo contrario. El cheque de gerencia puede ser cobrado en el banco que lo gira. Entonces, si se funda el criterio en la ubicación formal que da el Código de Comercio al cheque de gerencia, necesariamente tendremos que concluir que éste corresponde a la categoría de los denominados cheques especiales, puesto que el artículo 745 de dicho ordenamiento aparece ubicado bajo un epígrafe que reza de esa manera. Quienes se acogen a este criterio, tratan con el objeto de hacerle producir efectos jurídicos. En contra de esta opinión se ha sostenido que los cheques de gerencia no son cheques especiales, pues aunque así lo haya reseñado el Código de Comercio, no se le atribuyó caracteres que en rigor lo ubicarán dentro de esta categoría.

❖ **De viajero.** El cheque de viajero es una modalidad del cheque circular. Este tipo de cheque es igualmente expedido por un banco a su cargo, pagadero por el establecimiento principal o por sus sucursales, o por los bancos responsables que tenga el banco librador en el país o en el extranjero. El beneficiario de este cheque debe firmarlo dos veces: cuando lo recibe y posteriormente al negociarlo. Por ello quien reciba o pague un cheque de viajero verifica la autenticidad de la firma del tenedor, cotejándola con la firma puesta ante el librador. Pero así,

definido, el cheque de viajero guarda una gran similitud con el cheque de gerencia, pero a su vez, son diferentes. En líneas generales el cheque es un título valor de contenido crediticio que contiene una orden incondicional, dirigida a un banco o a una institución legítimamente autorizada, de pagar a la vista de una suma cierta de dinero a cuenta de una provisión previa hecha en la forma convenida contractualmente por el librador y el establecimiento girado.

❖ **A favor del girado.** El cheque a favor del girado es perfectamente admisible, consiste en el giro y cobro del título por el mismo librador o titular de la cuenta corriente, apareciendo entonces el girador con la calidad de emisor y de beneficiario a la vez. La presentación para el pago debe hacerla el mismo girador, colocando su firma al respaldo, junto con su identificación, no es señal de negociación o endoso sino como recibo o comprobante de pago a favor del banco.

2.5.4 Requisitos del cheque. El texto uniforme de la ley de Ginebra sobre cheques, en su artículo primero contiene los requisitos que debe contener este título valor. La denominación de cheque, inserta en el texto mismo del título y expresada en el idioma empleado en la redacción del título; El mandato puro y simple de pagar una suma determinada; El nombre de aquel que debe pagar, es decir del girador; La indicación del lugar en que debe efectuarse el pago; La indicación de la fecha y lugar en que el cheque ha sido creado; La firma de

quien emite el cheque, o sea, el girador o librador. El primer artículo de la ley nada dice de la cantidad o valor del cheque, aspecto éste regulado por el artículo noveno del texto.

El proyecto INTAL, en el artículo 102, norma concordante con el artículo tercero, enseña las menciones del cheque así: 1). El nombre del título valor. 2). El lugar y fecha de creación. 3). El derecho incorporado. 4). El lugar y la fecha del ejercicio de tal derecho. 5). La firma de quien lo crea. 6). La orden incondicional de pagar una suma de dinero. 7). El nombre del banco librado. Por su parte, el Código de Comercio en sus artículos 621 y 713 señala los requisitos o menciones que debe contener el cheque. En su orden: 1. La mención del derecho incorporado en el título. 2). La firma de quien lo crea. 3). La orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero. 4). El nombre del banco librado. 5). La indicación de ser pagadero a la orden o al portador. Los dos primeros son requisitos de orden general, mientras el resto son menciones de carácter especial. Entonces los requisitos traídos por el Código de Comercio, deben tenerse igualmente. 6). El lugar de expedición. 7). Fecha de emisión. 8) Lugar de pago.

2.5.5 Circulación del cheque. En términos generales nos referimos a la circulación para indicar el fenómeno jurídico de traspaso de títulos entre las personas, de su movilidad y negociación. El cheque tiene la particularidad de circular, de negociarse con mucha más agilidad que los demás documentos

crediticios. El cheque está presente en todas las transacciones, en la vida económica, en los mercados. Su negociabilidad es aceptada como si fuera moneda misma²⁴.

El cheque vive una vida circular, es emitido, entregado y a la vez negociado, pues en la mayoría de los casos su negociación se circunscribe a la simple entrega. Entonces la circulación no es otra cosa que el traspaso, la traslación del cheque de una persona a otra. Ahora bien la circulación la indica la orden de pago, pues los cheques como tales nacen a la vida jurídica para circular. El girador al emitir un cheque coloca las condiciones de su circulación, o lo gira sin ninguna restricción. Así pues, que la circulación sea corta o larga, depende únicamente del librador, de la forma como ha sido girado. Pero ¿Cómo opera la circulación, que modalidades adquiere el traspaso? Como venimos señalando, todo depende de la manera cómo se emita la orden de pago, y en este orden, el traspaso adquiere diferenciación, porque según sea el cheque así será su traspaso. En consecuencia, tenemos que el modo de traspaso va directamente proporcional al tipo o categoría de cheque. Se habla entonces de la simple entrega, de cesión ordinaria y de endoso, constituyendo esta última forma lo más extendido en nuestro medio.

❖ **La simple entrega.** como medio de traspaso se predica de los llamados cheques al portador, en tanto que su beneficiario o tenedor es

²⁴ BECERRA LEON, Henry Alberto. Títulos Valores. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa fe de Bogotá, 2000 p 36.

la persona encargada de presentarlo al cobro. Se presume que el beneficiario es el último tenedor, por haberlo adquirido conforme a la ley de su circulación. La entrega es simple, ya que solo implica el traspaso del cheque de una persona a otra con la intención con el ánimo de traspasar los derechos incorporados en el título. Obviamente que el ánimo no tiene otra expresión que la entrega material del cheque, pues dada su naturaleza es imposible manifestarlo de otra manera.

❖ **La cesión ordinaria.** se concibe como un acto solemne en virtud del cual se traspasaron los derechos incorporados en un título. Es la forma expresiva de traspaso en títulos normativos, dado el carácter de las personas vinculadas al documento crediticio. La cesión en materia de títulos valores y en especial de cheques, implica la entrega del título y la notificación o aceptación. La primera, porque tratándose de cesión de créditos personales, solo surte efecto en virtud de la entrega del título. La segunda, porque la cesión produce efectos en la medida en que haya notificado al deudor y este hubiera aceptado. Pero además de la entrega del título, de la notificación y aceptación, es menester que el título se exhiba y que se anote el traspaso del derecho, indicando al cesionario y con forma del cedente.

❖ **Traspaso por endoso.** Recordemos que el endoso es la figura universalmente aceptado por las legislaciones como medio de

transmitir derechos incorporados en algunos títulos valores y muy especial en el cheque, pues como lo expresamos, la naturaleza de este título requiere de una continua circulación en los mercados, bastando para traspasarlo la entrega acompañada con la firma del tenedor. El endoso es escrito, por medio del cual el tenedor del cheque lo transfiere o lo entrega al cobro. El escrito debe estamparse al dorso del título o en hoja adherida, teniendo que ir debidamente firmado por el endosante. El endoso es la acción o efecto de transmitir un título mediante una fórmula escrita en el reverso del documento. Es la anotación que se escribe a la vuelta o espalda del cheque, para ceder el crédito documental a otro. El vocablo viene de estamparse la formula traslativa en el dorso del documento. Por eso se llamaba en lo antiguo endoso. Los requisitos que debe contener éste son: 1). Nombre y apellidos, razón social o título de la persona o compañía a quien se trasmite el cheque. 2). El concepto en que el cedente se declara reintegrado por el tomado. 3). El nombre y apellido, razón social o título de la persona de quien se recibe o a cuenta de quien se carga, sino fuere la misma a quien se traspasa el título. 4). La fecha en que se hace. 5). La firma del endosante o de la persona legítimamente autorizada que firme por él, lo cual se expresará en la antefirma.

Las partes que intervienen en el endoso se denominan endosante, el que trasmite el título y endosatario, nuevo titular del crédito. Sin embargo, por la

peculiaridad de este negocio mercantil, el endoso comprende por lo menos a otra persona: el librado del documento, que responde en último término frente al endosatario final si todos los demás endosantes, por orden inverso al de las fechas, o sea la más moderna a la más antigua; no cumplen la obligación contenida en el título. Cada uno de los endosos viene a constituir, en realidad, una garantía que se superpone a la emisión del documento y sucesivas cesiones. Mientras mayor sea el número de las personas que han firmado o endosado, mayor seguridad le confiere al titular del crédito, por la responsabilidad solidaria de todos los firmantes, porque el endoso produce en todos y cada uno de los endosantes la responsabilidad al afianzamiento del valor del título.²⁵

2.5.6 Presentación para el pago. El último tenedor del cheque, o su beneficiario, está facultado, conforme a la ley de circulación de este título, a reclamar el pago del importe o valor correspondiente. Siendo un derecho obviamente se supone el interés del tenedor de obtener su pago. Pero no es un derecho que se ejerce abstractamente, por el mero hecho de poseer el título valor. Al contrario, el derecho incorporado implica accionar, el ejecutar tal derecho mediante la presentación del cheque al banco respectivo. Así el derecho se traduce en su deber puesto en cabeza del tenedor como condición previa del

²⁵ PEÑA NOSA, Lisandro. Curso de Títulos Valores. Cuarta Edición, Santafé de Bogotá, Editorial Temis, 1992 p 32.

pago, deber expresado en la presentación. Desde luego que se predica el deber como actitud necesaria para alegar cualquier acción posterior pero no como obligación en el sentido amplio de la palabra, porque el tenedor puede perfectamente renunciar al pago no presentando el cheque y el deber impuesto desaparece. Entonces el tenedor que desee el pago del título tendrá la obligación de exigirlo y no existe otra manera que la presentación, la exhibición del cheque para su cobro. La presentación naturalmente debe hacerla ante la entidad encargada del pago, es decir, ante el banco girado. La presentación para el pago procede dentro de los términos fijados legalmente y puede efectuarse directa o indirectamente.

- ❖ **Términos de presentación.** Los términos de presentación no son iguales para todos los cheques. Ello depende básicamente del lugar de expedición y su relación con el lugar de pago. Cuatro situaciones son diferenciadas: a). Los cheques pagaderos en el mismo lugar de su expedición deben ser presentados dentro de los quince días siguientes a la fecha indicada para el pago. En el caso de un cheque girado en Barranquilla para ser pagado en Barranquilla. b). Los cheques emitidos para ser pagados en el mismo país donde se expidieron, pero en lugar distinto al de su emisión, tendrán que presentarse dentro del mes siguiente a la fecha de su pago. Este es el evento de un cheque girado en Barranquilla para ser pagado en Sincelejo. c). Los cheques expedidos en un país latinoamericano que deben pagarse en otro país

de América Latina deben presentarse dentro de los tres meses a partir de su fecha. Por ejemplo un cheque emitido en Montevideo para ser cobrado en Santa Marta. d). Finalmente los cheques emitidos en algún país de América Latina para ser pagado por fuera de Latinoamérica, tendrá que presentarse dentro de los cuatro meses a partir de su fecha. Ejemplo un cheque girado en Montería para ser cobrado en Paris.

- ❖ **Formas de presentación.** La presentación del cheque para su cobro puede efectuarse directamente, es decir, por ventanilla, por consignación o por cámara de compensación.
- ❖ **Presentación directa o personal.** Es el caso de cobro de cheques por ventanilla. El tenedor o beneficiario se dirige directamente al banco librado, presenta el cheque y obtendrá el pago, si existen fondos o devolviéndolo, cuando existan fondos insuficientes o el girado carece de tales o se presentan otras causales que impiden el pago. Esta forma opera únicamente cuando el cheque puede ser pagado por ventanilla.
- ❖ **Presentación por consignación.** en este evento el tenedor o beneficiario presenta el cheque por su cuenta corriente, en razón a que coinciden el banco librado y el banco donde tiene la cuenta corriente. Esta forma se presenta cuando el cheque necesariamente debe presentarse en cuenta corriente o de ahorros, por ejemplo por estar

cruzado o para consignarse en cuenta del primer beneficiario. Puede decirse que es una manera directa de presentación más no personal.

❖ **Presentación por cámara de compensación.** la presentación opera desde un punto de vista indirecto. Este fenómeno se produce de la siguiente forma: el tenedor o beneficiario del cheque que consigna el título en el banco donde tiene su cuenta, banco que a su vez es diferente del banco al cual pertenece el cheque consignado. La operación interbancaria gira en torno a obtener del banco librado el pago del cheque y la correspondiente acreencia en la cuenta del tenedor.

❖ **Presentación extemporánea de cheques.** la ley ha impuesto determinado lapso de tiempo para que el cheque sea presentado para su pago. Lo correcto es que el título se presente en la fecha indicada. Empero el legislador ha ido mucho más lejos al conceder un plazo de gracia, de acuerdo a lo señalado en los términos de presentación. a). Si el cheque no fue presentado en tiempo, esta conducta negativa tendrá implicaciones respecto del ejercicio de acciones cambiarias. En efecto el artículo 729 del Código de Comercio, enseña que tales acciones caducan precisamente por la falta de presentación en tiempo. b). Empero no por ello el derecho incorporado en el cheque puede esfumarse. El tenedor o beneficiario podrá seguir presentando el título

cuantas veces quiera, y dentro de los seis meses siguientes a su fecha. Si durante este tiempo el girador llega a tener fondos suficientes, el banco tendrá que pagar el valor del cheque e incluso hacer la oferta de pago parcial en caso de que los fondos no cubran el importe total. Esta es una conducta de muchos tenedores al saber que no pueden iniciar el proceso ejecutivo por haber caducado la acción cambiaria. Es bueno recalcar que la presentación dentro de los seis meses a que venimos refiriéndonos opera en dos situaciones conocidas a saber: 1). El cheque fue presentado en tiempo pero no había fondos en la cuenta del girador y el tenedor no lo protestó. 2). El cheque no fue presentado en tiempo y por lo tanto no protestado. Es decir la única vía que le queda al tenedor es la de continuar presentando el cheque hasta rodar con suerte y obtener el pago total o parcial. Tal es el sentido del artículo 721 del Código de Comercio.

❖ **Presentación de cheques después de la muerte del girador.**

conforme al artículo 725 del Código de Comercio la muerte o incapacidad sobreviviente del girador no exonera al librado de las obligaciones de pago del cheque. La muerte del girador acaecida con posterioridad a la fecha del cheque, no altera la orden incondicional expedida por aquel mediante el cheque, ni puede estimarse ese hecho como suspensión de dicha orden; al contrario de acuerdo con los principios generales, debe considerarse como vigente la orden, mientras ella no sea revocada.

2.6 CIERRE DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE

El contrato de cuenta corriente puede terminar por acuerdo entre las partes, por decisión unilateral del cuentacorrentista, o por decisión unilateral del banco. El artículo 1398 del Código de Comercio, es muy claro cuando dice: “cada una de las partes podrá poner término al contrato en cualquier tiempo, en cuyo caso el cuentacorrentista estará obligado a devolver los formularios no utilizados. En el caso de que el banco termine unilateralmente el contrato, deberá sin embargo, pagar los cheques girados mientras exista provisión de fondos”. Por otra parte el artículo 9 del Acuerdo Interbancario de 1975, dice: “El término del contrato de depósito en cuenta corriente es indefinido pero cualquiera de las partes puede darlo por terminado en cualquier tiempo, en cuyo caso el titular de la cuenta devolverá al banco los cheques que no hubiere utilizado, y si así no lo hiciere responderá de todos los perjuicios que ocasione la utilización de los cheques no devueltos. Si el titular de la cuenta mantuviere un saldo inactivo por el tiempo y en cuantía inferior a los señalados por la ley el banco saldará la cuenta y dispondrá del saldo de acuerdo con la misma”.

Del texto de los artículos transcritos se deduce que la posibilidad de dar por terminado el contrato de cuenta corriente, es una facultad que tiene cualquiera de las partes contratantes ya se trate del banco o del cuentacorrentista y que puede ser ejercida en cualquier momento sujetándose a lo estipulado en el respectivo contrato. Además, puede darse la cancelación de la cuenta corriente, por parte del banco, cuando los cuentacorrentistas incumplan con las

obligaciones contraídas en el momento de la celebración del contrato y en especial, cuando giran cheques sin provisión total de fondos. Cabe anotar que el acuerdo interbancario reúne, como en su nombre lo indica el pensamiento de los bancos que lo suscriben sobre diferentes materias relacionadas con su actividad, y que en virtud del artículo 3º del Código de Comercio y 13 de la Ley 153 de 1887 que contempla la posibilidad de crear derecho por la costumbre, las prácticas que en desarrollo de dichos acuerdos realicen las entidades bancarias constituyen una fuente formal de derecho mercantil, siempre y cuando sean públicas, uniformes, reiteradas y gocen de convicción jurídica de la obligatoriedad.

2.7 DIFERENCIA ENTRE CIERRE Y TERMINACION

La diferencia entre cuenta cancelada y cuenta saldada puede resumirse así: la primera se presenta cuando por mal manejo de la cuenta o cualquier otra causal contempla en el contrato, como con figurativa de ese hecho, el banco como sanción, dar por terminada su relación con el cuentacorrentista, la segunda se presenta cuando por motivos diferentes al manejo cualquiera de las partes da por terminado el contrato²⁶ (Numeral 6 y 7, acuerdo bancario).

2.8 SANCION POR NO PAGO DE CHEQUES

El no pago de cheques tiene las siguientes implicaciones comerciales: 1). El no pago de cheque puede provenir por culpa del banco. En este sentido, cuando

²⁶ Circular Básica Jurídica 007 de 1996, Superintendencia Bancaria de Colombia.

sin justa causa se niegue el banco a pagar un cheque o hacer el ofrecimiento de pago parcial, la institución deberá pagar al librador, a título de sanción, una suma equivalente al 20% del importe del cheque o del saldo disponible, sin perjuicio de que dicho librador persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que tal omisión le ocasionen. El Código de Comercio en su artículo 722 consagra esta sanción, situación por demás de muy poca ocurrencia, dado el cuidado y seriedad con que obran las instituciones bancarias. 2). El caso de mayor ocurrencia se presenta en el no pago de cheques por causas provenientes del girador, valga decir, porque carece de fondos, o estos son insuficientes, por orden de no pago o cualquier otra causal imputable al librado²⁷r. Por ello el artículo 731 del Código de Comercio ha impuesto una especie de multa a cargo de los giradores que emitan cheques y no sean pagados. Así el librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado por su culpa abonará como sanción el 20% del importe del cheque, sin perjuicio, si perjuicio de que dicho tenedor persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que le ocasione. Naturalmente para predicar la sanción indicada tendrá que haberse presentado el cheque en su debido tiempo, pues la sanción procede solamente cuando el cheque se presenta para el cobro dentro de los plazos conferidos por el artículo 718 del Código de Comercio. Entonces dos son los requisitos para solicitar el pago del 20% como sanción: a-. Que el cheque haya sido presentado en tiempo por el tenedor y b) Que no haya sido pagado pro culpa del librador.

²⁷ LEAL PEREZ, Hildebrando. Código de Comercio. Comentando 1ª, Edición, Santafé de Bogotá, D.C., Ediciones Fundaciones Jurídicas Colombianas, 1992 art. 722.

2.9 RESPONSABILIDAD BANCARIA POR PAGO DE CHEQUES FALSOS O ALTERADOS

Si el banco paga un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, la entidad responderá al librador o titular de la cuenta corriente por los valores pagados. Este principio, consagrado en el artículo 732 del Código de Comercio, admite excepciones. En efecto, el banco queda exonerado de responsabilidad en dos casos: 1) Cuando la falsedad o alteración se deben a culpa del librador, y 2) Cuando el titular de una cuenta depositante o librador no notifica al banco, dentro de los tres meses siguientes a la devolución del cheque, que el título era falso o que la cantidad se había aumentado. Respecto de esta última situación, aunque conforme al artículo 728 del Código de Comercio, todo banco está obligado a devolver al librador, junto con el extracto de su cuenta corriente, los cheques originales que haya pagado, la costumbre es que solo recibe el extracto y este es un instrumento suficiente de información para determinar el número de cheques pagados por su correspondiente valor.

Es de interés para el librador solicitar el original del cheque aducido como falso o alterado para poder demostrar al banco que dicho título presenta tales anomalías. En consecuencia al cuenta habiente le basta con la demostración de haber efectuado el banco el pago de un cheque falso o adulterado para que se comprometa la responsabilidad del banco e independientemente de cualesquiera otra consideración, tales como el ser la adulteración o falsedad más o menos notorias, o el haber actuado el banco con mayor o menor diligencia en el control previo al pago del cheque, etc. Desde luego, esa

responsabilidad, vuélvase a decir, no es automática porque el librado le es posible eximirse de la misma con la comprobación de la conducta negligente del depositante, o con la omisión del aviso dentro del término legal. No resulta impertinente añadir que el sistema que de tal modo se deja delineado es el más equitativo en razón de que con él se pone al depositante a cubierto de los errores en que pueda incurrir el banco en el depositante con esmero en el uso de los documentos propios de la cuenta corriente, particularmente en el de los cheques, so pena de tener que asumir las consecuencias de su comportamiento descuidado. De no ser las cosas así, se tendría que los efectos de la propia culpa se trasladarían a otra persona, lo cual es manifiestamente injusto por ser algo que se sale de la noción básica de la responsabilidad.

2.10 EMBARGO DE CUENTAS CORRIENTES BANCARIAS

El artículo 1387 del Código de Comercio autoriza el embargo de las sumas depositadas en cuenta corriente bancaria, medida que afecta tanto el saldo actual en la hora y fecha en que el banco reciba la orden embargo de parte del Juez, como las cantidades depositadas con posterioridad hasta el límite indicado en la orden respectiva. Para tal efecto el banco anota en la tarjeta del depositante la fecha y hora del recibo de la orden de embargo y coloca los saldos a disposición del juez, so pena de tener que responder por los perjuicios

que ocasione a los embargantes. El siguiente es el procedimiento señalado oficialmente para eventos de embargo:

- ❖ Al recibo por parte del banco del oficio del Juez en que se le notifique la orden de embargar lo depositado en una cuenta corriente, debe el establecimiento afectar la cuenta por el valor correspondiente según los registros que presente la misma en la fecha y hora de recibo de la respectiva comunicación. Par este efecto el banco anotará en la tarjeta del depositante la hora y la fecha de recibo de la orden de embargo.
- ❖ Procederá además el banco a entregar al portador del oficio un volante donde conste la cuantía del saldo afectado por la orden, con la indicación que la mención es provisional.
- ❖ Dentro de los tres días siguientes al de la notificación del embargo el banco informará al juzgado en forma definitiva sobre la cuantía total de la suma embargada, le enviará el recibo en que conste que dicho valor se encuentra a su disposición en la “cuenta de depósitos judiciales” que al efecto se constituye en el banco Agrario de Colombia conforme a lo preceptuado en el artículo 1 y 2 del Decreto 1798 de 1963.
- ❖ En caso de que el saldo existente en la cuenta corriente en la fecha y hora en que se comunique la orden de embargo sea inferior a la señalada en el oficio, quedarán afectadas con dicha orden las

cantidades depositadas con posterioridad en este evento a dar cumplimiento en lo pertinente a lo anteriormente dispuesto.

En cuanto al valor de los cheques que se encuentran en las diligencias del canje, se tiene lo siguiente:

- ❖ Los cheques recibidos al cobro, hasta tanto no sean confirmados por el banco librado, no queda su valor cobijado por la orden de embargo, pero sigue pesando sobre su monto, como es elemental, el mandato del artículo 1387 del Código de Comercio, sobre el embargo de las sumas que se depositen luego de notificada la orden, en caso de insuficiencia del saldo existente en la cuenta al recibo de la misma para cubrir su cuenta.
- ❖ Por el contrario, si como operación complementaria al encargo de cobrar un cheque el banco concede al consignante un préstamo pagadero con el producto del título una vez sea este satisfecho, la suma mutua en cuanto de propiedad del cliente del establecimiento, quedará afectada en lo correspondiente a la orden de embargo.
- ❖ Respecto de los cheques negociados en propiedad, su valor es susceptibles de embargo, toda vez que pertenecen al cuentacorrentista.

- ❖ Es de observar que en caso de que el saldo embargado sea inferior al límite señalado en la orden judicial, no puede el banco pagar cheques girados en sobregiro por el respectivo cuentacorrentista, ni en general permitirle el retiro de fondos en descubierto, so pena de quedar dichas embargadas en lo pertinente, por cuanto las citadas operaciones implican siempre la concesión de un préstamo, cuyo producto ingresa al patrimonio del titular de la cuenta, bien que por voluntad suya en el correspondiente cheque u orden de pago se indique en cierto evento como beneficiario a una tercera persona.

3. CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE MERCANTIL

3.1 CONCEPTO DEL CONTRATO

Es la que se celebra cuando entre dos personas generalmente comerciantes que van a entrar en negociaciones mercantiles, se conceden por cierto tiempo crédito recíproco, obligándose a transformar durante él sus remesas mutuas en simples partidas indivisibles de cargo y abono, inscritas en sus libros de contabilidad y a no exigirse otro pago que el del saldo resultante al hacer el cierre de cuenta corriente en la fecha convenida o acostumbrada.²⁸

Ante todo es necesario distinguir el contrato con la situación de cuenta corriente. La cuenta corriente, es un contrato autónomo y lo segundo es una situación de hecho contable, un método de contabilidad.²⁹ En virtud de la situación de cuenta corriente dos personas que también se encuentran en mutuas relaciones de negocios anotan sus mutuas remesas en sus respectivas contabilidades, generando un cuadro contable respecto de cada uno, que también se presentan en el contrato de cuenta corriente pero con la diferencia que en la situación contable de cuenta corriente, cada remesa conserva su individualidad y su exigibilidad con independencia de las demás. En la situación de cuenta corriente no ha ocurrido elemento intencional del contrato, motivo

²⁸ FIORENTINO, Adriano. El Contrato de Cuenta Corriente. Bosch Editor, Barcelona, 1958. p. 5.

²⁹ AVILES CUCURELLA, Gabriel. J.M., Bosch Barcelona, 1959. p.549.

por el cual no pueden suceder los efectos típicos de éste. Nos encontramos frecuentemente en el comercio, que los almacenes otorgan a sus clientes cuenta corrientes para facilitar su organización contable y llevar el registro de pagos; o también personas que se encomiendan gestiones recíprocas, llevan sus libros de contabilidad y anotan en ellos sus respectivas gestiones, sin que ello implique que se producen los efectos típicos de la cuenta corriente, tampoco los créditos resultantes entre estas persona pierden su individualidad y exigibilidad. No podemos desprender de toda situación contable entre dos personas. La existencia del contrato de cuenta corriente y en consecuencia la de sus efectos. El contrato de cuenta corriente tiene sus elementos esenciales sobre los cuales debe manifestarse el asentamiento de la voluntad de las partes, para que podamos hablar de cuenta corriente. Si no sucede ese sometimiento intencional de las partes al régimen del contrato de cuenta corriente, simplemente nos encontramos ante las figuras llamadas por la doctrina y por algunas legislaciones, como las cuentas simples o de gestión.

3.2 FUNCION ECONOMICA Y UTILIDAD

Es manifiesta la utilidad de este contrato, pues evita a las partes realizar pagos parciales recíprocos para realizar un solo pago con carácter definitivo. Supone lo anterior necesariamente, una recíproca concesión de crédito entre las partes, así sea eventual puesto que cada una de ellas renuncia al cobro inmediato de sus créditos. Se benefician los cuentacorrentistas pues no se ven obligados a

realizar desembolsos de dinero que pueden dedicar a otras actividades, además del tiempo que puede significar el tener que realizar periódicas y continuas liquidaciones, lo cual también resulta ahorrado. Al no tener que realizar liquidaciones parciales se evitan los desembolsos periódicos de dinero o la emisión de títulos de crédito permitiendo que opere la compensación en la futura clausura de la cuenta³⁰.

3.3 DISTINCIONES NECESARIOS ENTRE EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE MERCANTIL Y EL BANCARIO

Es necesario distinguir el contrato de cuenta corriente con otras figuras con las cuales se les confunde frecuentemente: con las cuentas simples o de gestión, con la cuenta corriente bancaria y con la apertura de crédito en la cuenta corriente bancaria.

También se distingue este contrato del depósito de cuenta corriente bancaria, en el cual sucede el depósito de sumas de dinero, una apertura de cuenta y durante el desarrollo de esa cuenta, puede el depositante retirar esas sumas o llevar otras a la cuenta. En esta modalidad una parte siempre es acreedora (depositante cuentacorrentista) y la otra deudora (entidad bancaria). Falta la nota característica de las remesas en el contrato de cuenta corriente, entre otras la de reciprocidad de las mismas. Y si esta situación se combina con la

³⁰ NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano. Parte General, Octava Edición, Legis, 1997p 22.

apertura de crédito en cuenta corriente, lo que ocurre frecuentemente con los llamados sobregiros bancarios consistentes en que el cliente puede durante la ejecución de la cuenta retirar las sumas dentro del límite del crédito concedido y efectuar restituciones. Pero las entregas que el banco hace son a manera de préstamo y las que realiza el crédito siempre son a manera de pago. Tampoco hay reciprocidad ni libertad en las remesas.

3.4 NATURALEZA JURIDICA

El contrato de cuenta corriente es un convenio típico, el cual se encuentra normado en los artículos de 1245 al 1261 título XII de nuestro código de comercio.

“De lo cual podemos inferir que hay un sometimiento de las partes a un régimen jurídico especial, para las prestaciones que ocurran entre ellas en lo sucesivos. Con esta nueva concepción se dejan de lado las opiniones que quisieron explicar la cuenta corriente, sin identidad propia, enmarcándola en otros contratos como préstamo recíproco, o de depósito, e incluso la mezcla de todos ellos. También se le observó en un tiempo, como un mero cuadro de contabilidad presentando por el “debe” y el “haber” en las operaciones de

comercio. No se discute hoy su carácter contractual, su nominación propia, y sus efectos jurídicos particulares que lo caracterizan como figura autónoma”³¹.

³¹ PAUCAR ARRUBLA, Jaime. Contratos Mercantiles. Biblioteca Jurídica DIKE, Tomo I, Séptima Edición, 1997 p 34.

3.5 CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE MERCANTIL

La cuenta corriente es, sin duda un contrato consensual, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo y conmutativo. En nuestra legislación este contrato puede celebrarse obviamente entre comerciantes, o entre comerciantes y personas que no lo sean y además puede referirse a operaciones mercantiles o a operaciones civiles. Si entre comerciantes se celebra un convenio similar, no sería contrato de cuenta corriente, sino un convenio atípico, que gozaría de algunas de sus características. Por ser ley comercial la única que regula este contrato, se aplicaría esta en virtud de la analogía. por tanto analicemos cada una de sus características³².

- a) consensual, se perfecciona con el simple consentimiento de las partes, aunque algunos doctrinantes pese a que están de acuerdo en la consensualidad afirman requiere para su perfeccionamiento la existencia al menos, de una remesa entre las partes.
- b) Bilateral, genera obligaciones para ambas partes, importantísima la de incluir los créditos provenientes de operaciones determinadas, sujetos a este régimen.

³² GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Temis, Tomo IV, 1987 p 31.

- c) Oneroso, en razón de que las distintas partidas de las cuentas y su saldo devengan intereses.
- d) De tracto sucesivo, se desarrolla mediante una serie de asientos que tienen lugar en forma sucesiva durante determinado lapso.
- e) Conmutativo, desde el primer momento que derivan beneficios entre las partes.

El elemento intencional de este contrato consiste en el sometimiento de las partes a un régimen especial de asiento para sus remesas recíprocas, el cual es suficiente para que se presente el contrato, sin que ocurran las remesas recíprocas. Por de lo contrario estaríamos ante otro tipo de contrato el cual se regularía por analogía con las normas del código de comercio. En tal caso las partes no se obligan a realizar remesas recíprocas, ni a dejar para el final la liquidación, sino a un asiento de ésta en forma especial y con efectos especiales.

3.6 LAS REMESAS DE LAS PARTES

Aclaremos, que la remesa no es el envío material de una cosa, pero puede serlo y estaríamos entonces ante las denominadas por la doctrina “Remesas Materiales” que consisten en envío de mercaderías o dineros y las remesas

jurídicas, consistentes en la transmisión de un crédito. Así tenemos que las remesas, independientes de su calidad puede consistir en mercaderías, dineros, títulos valores, comisiones, créditos, etc., las cuales han de convertirse en partidas de la cuenta con el lleno de algunas condiciones, a saber: han de ser fungibles, líquidas, transmisoras de propiedad. Son las notas que deben predicarse del crédito que surge de las remesas.³³

Concluyendo se acepta como válido para nuestro sistema, el concepto de remesa que dice: “Remesa es el acto del que deriva el crédito por anotar en cuenta corriente, acto que puede tener la naturaleza y el objeto más diverso, siendo único requisito el de dar lugar al nacimiento de un crédito pecuniario” En estos términos, el cuentacorrentista a cuyo favor nace el crédito sería el remitente; y el cuentacorrentista a cuyo cargo la deuda, sería el receptor de la remesa.

3.7 FACULTATIVIDAD, LIBERTAD Y RECIPROCIDAD DE LAS REMESAS

Estos tres elementos que caracterizan las remesas, son esenciales para la existencia del contrato de cuenta corriente y su presencia nos ayuda a poder distinguir el contrato de cuestiones afines. “La Facultatividad” de las remesas, quiere decir que por el contrato, ningún cuentacorrentista está obligado a hacer

³³ NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano. Parte General, Octava Edición, Legis, 1997 p 21.

remesas al otro y si en efecto se realizan, de ninguna manera pueden entenderse como cumplimiento de una prestación debida por el contrato de cuenta corriente, aunque bien puede serlo del contrato del cual derivan³⁴. La cuenta corriente se puede entender como un contrato marco, perfectamente diferenciable de los distintos negocios que ocurren entre las partes. En estos últimos pueden tener origen las remesas. En virtud del contrato las partes no se obligan a celebrar negocios entre sí, pero si estos ocurren, sí están obligados a anotar en cuenta los créditos y débitos que se derivan de sus relaciones negociables.

Lo que si es obligatorio y se deriva del contrato de cuenta corriente, es la inclusión en la cuenta, de los créditos derivados de las recíprocas remesas. Muy unido a este elemento de la facultatividad, está el de la libertad de las remesas, que significa que cada parte es libre de efectuar remesas cuando crea oportuno. Esta libertad se precisa y refiere, solo a remesas de dinero o créditos. No puede una parte pretender que la otra le recibía mercancías a título de venta o de comisión si a ello no está obligado por otro contrato, del cual se deriva la remesa.³⁵ Esta libertad se conserva aunque el remitente resulte en ese momento acreedor. Ya tuvimos la oportunidad de mencionar, que la concesión de créditos que se hacen las partes, debe ser recíprocas, y si

³⁴ LEAL PEREZ, Hildebrando. Código de Comercio. Comentando 1ª, Edición, Santafé de Bogotá, D.C., Ediciones Fundaciones Jurídicas Colombianas, 1992.

³⁵ PAUCAR ARRUBLA, Jaime. Contratos Mercantiles. Biblioteca Jurídica DIKE, Tomo I, Séptima Edición, 1997 p 36.

es solamente una de las partes la que le concede, no hay contrato de cuenta corriente.

Esta nota esencial de reciprocidad, debe existir además para los elementos antes citados, de facultatividad y libertad de las remesas. Para ambas partes debe existir la facultad de realizar remesas cuando lo crean oportuno, independientemente del cual sea su situación en ese momento, de acreedora o deudora. Y también para ninguna parte deriva del contrato la obligación de realizar remesas. Es pues necesario en resumen, que cada parte pueda adquirir en cualquier momento el carácter de deudor o de acreedor, aunque de hecho no se de; basta que pueda presentarse. Si una de las partes no puede adquirir más que la posición de acreedor, no hay contrato de cuenta corriente. Para que se presente la reciprocidad de las remesas es necesario que ambas partes sean la una y la otra receptor y remesante, es decir, que las anotaciones sean llevadas al débito y al crédito de cada una de las partes del contrato.³⁶ La nota definitiva entre la cuenta corriente mercantil y el contrato de cuenta corriente bancaria, como antes se anotó, consiste en que en este último hay ausencia de esta nota de reciprocidad.

³⁶ SALINAS, Francisco. Las Cuentas Corrientes Indistintas. Confederación Española de Cajas de Ahorro. Madrid, 1977, p.84.

3.8 EFECTOS DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE MERCANTIL

3.8.1 Transformación de las remesas

en partidas de la cuenta. Es el efecto más típico, lo señala el artículo 1245 del código de Comercio cuando prescribe: “Los créditos y débitos derivados de las remesas mutuas de las partes se consideran como partidas indivisibles de abono o cargo en la cuenta de cada cuentacorrentista. Según la doctrina clásica, la remesa implica el paso de la propiedad a quien la recibe, de tal manera que sin operar este traspaso de la propiedad no cabría contrato de cuenta corriente. Sin embargo, como señalamos, este traspaso de la propiedad, no tiene como causa el contrato de cuenta corriente, sino la respectiva negación que le dio origen a la remesa. La anotación en la cuenta corriente pasa a ser un efecto de esta negación. La transferencia de la propiedad opera independientemente y después de ocurrida, como un efecto, se anota en la cuenta corriente.

Este principio clásico es válido para las remesas que implican traspaso de la propiedad. Pero la doctrina acepta actualmente, que hay negociaciones que no implican transmisión alguna propiedad, como las comisiones a que tenga derecho el cuentacorrentista. No ocurre ningún traspaso de la propiedad, sin embargo, esa remesa se anota en la cuenta. Al incluir una remesa en la cuenta

no se excluye las acciones o excepciones relativas a la validez de los actos o contratos de que procede la remesa. Así, el acto del cual deriva la remesa es declarado nulo, la partida anotada se elimina de la cuenta. el artículo 1255 del Código de Comercio permite pacto en contrario, cuya adopción por los contratantes sería discutible en ciertos casos y frente a ciertas remesas viciadas de nulidad, como si adolecen de causa u objeto ilícito, en que se encuentra en juego el interés general. De tal manera que esa renuncia de las partes a ejercer las acciones relativas a la validez del acto jurídico ocasiona la remesa, solo será válida, en cuanto no se trate de la nulidad absoluta en principio. De lo contrario sería establecer una forma de sanear nulidades absolutas no contemplares en la ley.

3.8.2 No hay efecto novatorio en la inscripción en cuenta corriente

El artículo 735 del derogado código de comercio terrestre, acogía expresamente, como efecto el contrato de cuenta corriente, la novación, producía las consecuencias que le son propias, como perjudicar las garantías que pudieren acompañar al crédito incluido en la cuenta y la prescripción de las acciones y excepciones de dicho crédito, exceptuando la de nulidad. El nuevo código da lugar a entender claramente que la inclusión de un crédito en la cuenta, no lo hace perder su propia individualidad, ni tampoco su nexo con el título que le dio origen. La inclusión en la cuenta simplemente lo hace inexigible e indisponible hasta la época del cierre. Atendiendo a las distintas formas de

novación que admite la ley, observaríamos que indudablemente no se presenta la novación subjetiva, que es aquella que tiene lugar por un cambio de acreedor o de deudor. En el contrato de cuenta corriente, continúa el mismo acreedor y el mismo deudor.

Podríamos entonces observar si ocurre la llamada novación subjetiva, en la que se conservan los mismos sujetos y el cambio se refiere al objeto de la misma o a la causa.

Tampoco aparece clara una novación por cambio de objeto, pues en ésta el deudor se obligaría a efectuar una prestación diversa; ni tampoco por cambio de causa, que se presenta, cuando permaneciendo igual el objeto de la obligación vería la causa de la misma.

Sostienen los amigos del efecto novatorio del contrato, que la causa de la obligación que podría estar en el primitivo contrato, varía a partir de la inserción en la cuenta y esa inscripción pasa a ser la causa de la misma. Pero sucede que un crédito puede cambiarse por otro crédito, pero no puede novarse por un asiento de contabilidad; mientras lo primero es una entidad jurídica, lo segundo es una entidad contable. Por ello algunos autores hablan de que se presenta una novación “sui generis”; una especie de novación, pero no propiamente novación. Así tenemos, para afirmar que la inclusión en cuenta no produce novación, los siguientes fundamentos:

- ❖ El silencio de la ley, no se produjo la norma anterior, además tenemos que en principio la novación no se presume (artículo 1693 el Código Civil: “Para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción antigua. Si no aparece la intención novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera”).
- ❖ La no exclusión de las acciones y excepciones relativas a la validez de los actos o contratos de que procede la remesa. Obviamente que la norma no quedó tan clara como pretendía el proyecto de código de 1958, que advertía que no se excluía ninguna acción o excepción relativa al acto, como las resolutorias o revisorías.
- ❖ La de permanencia de las garantías que eventualmente asistan al crédito (Artículo 1256 del Código de Comercio).

Si varían las circunstancias accesorias de la prestación debida, como el plazo, conservándose lo esencial de la prestación, no puede hablarse de novación. En este sentido señaló la comisión revisora del proyecto de 1958 que “las remesas conservan su carácter jurídico y los créditos incluidos en la cuenta su

individualidad jurídica, sin romper el vínculo con su título originario. No se produce pues novación.

3.8.3 La compensación

Efecto importante del contrato de cuenta corriente es el relativo a la compensación. El contrato detiene la compensación hasta el final, es decir hasta el cierre de la cuenta. Efectivamente, para que se produzca compensación legal, es necesaria al menos la existencia de dos créditos y que ambos sean exigibles. Por el contrato de cuenta corriente quieren las partes suspender la exigibilidad de los créditos hasta una fecha futura, por tanto la compensación sólo podrá operar con el advenimiento de esa fecha. No se produce compensación a medida que entre las partes surgen remesas y se anotan en la cuenta, sino se presenta al final, cuando se conjugan esas dos grandes masas de crédito y el débito al momento del cierre. La compensación, como ya lo dijimos queda suspendida hasta el final.

3.8.4 Indivisibilidad de la cuenta corriente

La indivisibilidad de la cuenta corriente es otro efecto del contrato, todas las partidas constituyen un solo todo y por ello, no pueden considerarse separadamente para ningún efecto. No existe acreedor ni deudor, hasta tanto no opere el cierre de la cuenta. Solamente al final y con relación al saldo que

arroje la cuenta podrá hablarse de un acreedor y un deudor. Como consecuencia de esta observación ningún cuentacorrentista puede cobrar ni exigir al otro, un crédito incluido en la cuenta. Tampoco esos créditos y débitos llevados a cuenta pueden tenerse como base o presupuesto para una eventual declaratoria de insolvencia.

También se señala como consecuencia de la indivisibilidad de la cuenta que ningún acreedor de uno de los correntistas, puede embargar un crédito anotado en la cuenta. Sin embargo deberá dirigirse sobre el saldo eventual que arroja la cuenta a su cierre.

Este efecto de la indivisibilidad frente al embargo del tercero, está consagrado en nuestra legislación en el artículo 1258 del Código de Comercio y resulta bastante peligroso para la garantía del tercero acreedor. Evidentemente, entre las partes pueden suceder nuevas remesas, e incluso aceptar los cuentacorrentistas que ocurran, y de esta manera, hacer inoperante la medida solicitada por el acreedor, puesto que si se trata de remesas de débito para el deudor, el saldo de la cuenta va a resultar en contra de éste. En nuestra legislación no se consagran estas excepciones al efecto de la indivisibilidad de la cuenta corriente, dando con ello ocasión a que el cuentacorrentista pueda eludir la acción de sus acreedores. El carácter de disponibilidad que tienen los créditos anotados en cuenta como efecto del contrato, hace que esos mismos

créditos estén sustraídos de la libre disposición del acreedor y a las acciones ejecutivas de los acreedores de éste³⁷.

3.8.5 Productividad de intereses. En nuestro derecho mercantil, las remesas no producen intereses, salvo pacto en contrario, hasta el cierre de la cuenta, momento en el cual el saldo arrojado causará los intereses pactados o en su defecto los legales. Si este saldo pasa a una nueva cuenta de todas maneras causará los intereses pactados, en su defecto los legales. De esta manera, sigue la legislación colombiana, orientaciones similares a la legislación mexicana, uruguaya, con diferencia a otras, como la italiana y la argentina, en las cuales es de la naturaleza de la cuenta corriente es producir intereses. Se hace necesario entonces pactar expresamente que cada remesa producirá intereses, de lo contrario no se causarán al tenor del artículo 1251 del Código de Comercio Colombiano.

3.8.6 Inaplicabilidad de las reglas sobre imputación de pagos

Otro efecto importante de la cuenta corriente, se refiere a que ésta, no se aplican las normas generales sobre imputación de pagos señalados en el Código Civil y en el Código de Comercio. Efectivamente, no pueden recibirse las remesas como imputadas al pago de capital o a otros conceptos. En el

³⁷ HERDEGEN, Mathias. Derecho Económico Internacional. Primera Edición Latinoamericana, Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE, 1994 p 46.

contrato de cuenta corriente, no se sabe de un momento determinado si hay deuda por capital o no, así se haya pactado que las remesas devenguen intereses. Los intereses correrían, pero no se podría establecer, si hay un determinado capital para imputarle el pago. Antes del cierre, no se puede distinguir entre capital o intereses. La remesa que envió una de las partes, simplemente va al hacer y por ende disminuirá su deuda, si es que la tiene o aumentará su crédito si es el caso. Este efecto es armónico en el principio señalado en el sentido que, antes del cierre de la cuenta, ninguno de los correntistas es deudor o acreedor.

Reconoce la doctrina unánimemente que a las remesas de dinero o crédito no son aplicables las normas sobre imputación de los pagos. Esta inaplicabilidad es consecuencia del efecto antes señalado de la “indivisibilidad” de las partidas. No es posible establecer antes del cierre quien es acreedor y quien deudor, por lo tanto, no existe fundamento para la imputación del pago.³⁸

3.9 CIERRE DE LA CUENTA

Deben ser cuidadosamente separados los conceptos de cierre y de extinción de la cuenta corriente. El cierre significa tan solo que se produce la liquidación de un período de la cuenta y es, en tal concepto, independiente de que el

³⁸ HERDEGEN, Mathias. Derecho Económico Internacional. Primera Edición Latinoamericana, Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE, 1994 p 50.

contrato continúe o no. La extinción implica el fin del contrato. Toda extinción implica el cierre de la cuenta, pero no al contrario. La extinción se produce una sola vez en la vida del contrato. El cierre se realiza una o varias veces, en los periodos pactados u usuales. El cierre de la cuenta es, sencillamente, la suspensión de las operaciones de contabilidad que el contrato exige para fijar el saldo. El cierre tendrá carácter definitivo si el contrato se extingue al mismo tiempo, o de carácter provisional si persiste entre las partes el vínculo contractual. En el supuesto de cierre provisional el saldo pasa a ser una nueva partida que inicia el periodo subsiguiente del mismo contrato. El contrato de cuenta corriente implica una nueva relación duradera que se divide en periodos regulares (semestrales o anuales, generalmente) a cuyo término se cierra con objeto de determinar quien resulta deudor en tal momento mediante la liquidación del saldo y de la capitalización de los intereses devengados. Sobre la necesidad de dividir la relación de cuenta corriente en periodos regulares.

Para efectos del cierre de la cuenta el primordial consiste en la fijación del saldo. La liquidación del resultado económico del periodo se realiza por diferencia entre la suma de las partidas del Haber y la suma de las partidas del Debe compuestas por el valor dinerario de las remesas efectuadas y los intereses correspondientes. En el momento del cierre de la cuenta es cuando se produce la compensación entre la masa de los créditos o de las deudas para así dar lugar a la obtención de un nuevo saldo que es la única deuda, líquida y exigible. Una vez determinado el saldo líquido, y salvo el caso de que se trate

de cierre provisional y el resultado obtenido se lleve de nuevo a la cuenta como partida inicial el siguiente período, el saldo es exigible inmediatamente a su reconocimiento por ambos cuentacorrentistas.

El reconocimiento puede ser expreso o tácito con tal que se evidencie de modo manifiesto la voluntad de aceptar el resultado de la relación de cuenta. Formas técnicas de reconocimiento son, por ejemplo, la petición de prórroga para el pago de la cantidad por el cuentacorrentista deudor, la anotación del saldo a cuenta nueva, etc. La aceptación del saldo, esto es su aprobación por parte de la deudora, se considera por la Jurisprudencia como un contrato que da origen a una obligación.³⁹

Es evidente que el reconocimiento del saldo a ambas partes, pero la fuerza vinculante de la aceptación no es tanta que impida, por un lado, corregir los errores puramente aritméticos o materiales cometidos en la liquidación, y por otro lado, impugnar la aceptación en base a la doctrina general los vicios del consentimiento, “concretamente en los casos de error, olvido, falsedad o duplicidad. Por último diremos que la indisponibilidad, efecto inherente al contrato, desaparece con el cierre de la cuenta y que, una vez reconocido, el saldo es libremente disponible. Esto quiere decir que el crédito del saldo puede

³⁹ MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón. Principios de Derecho Comercial, Séptima Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1997 p 57.

ser transferido con todos los derechos que sobre el mismo tenga el cuentacorrentista acreedor (Artículo 347 del Código de Comercio).

3.10 TERMINACION DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE

La ley comercial señala expresamente cuales son las causas de terminación de este contrato:

- ❖ Por vencimiento del plazo señalado.

Por acuerdo de los contratantes no importa si se fijó o no un término de duración del contrato. Este acuerdo debe ser expreso, pues por el hecho de no ocurrir remesas en un tiempo determinado no hay lugar a inferir la extinción de la cuenta, siendo armónicos con la característica predicada de las remesas, que es su facultatividad.

- ❖ Por la insolvencia de uno de los cuentacorrentista. Parece que no basta para legislación colombiana el mero hecho de insolvencia de uno de los cuentacorrentistas para que pueda ocurrir el abandono unilateral. Se hace necesaria la declaratoria de insolvencia.

- ❖ Sino haya plazo convenido, cualquiera de las partes puede provocar su terminación, denunciándola con diez días de antelación a la fecha del próximo cierre o cláusula de la cuenta.

- ❖ Ante el evento de la muerte o incapacidad de una de las partes, si sus herederos o representantes, o el otro cuentacorrentista, opta su terminación dentro de los treinta días siguientes al acaecimiento del hecho. Vencido este plazo no hay lugar al abandono unilateral del contrato. La importancia de esta causal radica que este tipo contractual es de los que conocemos como *intuite personae*, los cuales se pactan por la calidad que detenta la persona con la que se contrata y la confianza que se deposita en ella.

4. LEX MERCATORIA

4.1 CONFORMACION DE LA LEX MERCATORIA

En la edad media se conoció como *ius Mercatorum*, o *Lex Mercatoria*, al conjunto de usos y costumbres que regían las transacciones de los comerciantes. Entre las razones de su nacimiento anotadas por los autores, además del crecimiento de las relaciones de comercio entre los pueblos, se encuentra la insuficiencia del derecho romano que de alguna manera, sobrevivió para resolver las nuevas dificultades. Frente a ello, fueron los comerciantes mismos, quienes regularon tales situaciones por medio de reglas de origen consuetudinario, otras de origen corporativo, adoptadas al seno de los gremios de comerciantes, las cuáles se decantarían y desarrollarían al tiempo que lo harían las decisiones de los tribunales consulares de justicia.

La doctrina suele destacar, entre las características de este derecho mercantil medieval, además de su especialidad, profesionalidad y formación consuetudinaria, la internacionalización de sus normas, a partir del hecho de que las mismas no conocieron fronteras. A pesar de lo anterior, dicha tendencia de alguna u otra forma se vio truncada con la nacionalización de éste derecho, principalmente a partir de la expedición de códigos civiles y de comercio a lo largo de los siglos XIX y XX.

Hace muchas décadas el profesor CESAR VIVANTE, refiriéndose a la índole cosmopolita del comercio y del derecho mercantil que le gobierna escribió: “Las tendencias de este derecho van hacia la uniformidad especialmente cosmopolita, hacia una reglamentación común de las relaciones terrestres y aéreas...”, igualmente entre nosotros, el maestro JOSE GABINO PINZON, advirtió y recomendó en varias ocasiones la unificación internacional del régimen de los negocios, en especial sobre el transporte, las sociedades, las operaciones bancarias, los seguros, etc., así mismo, puso de presente lo útil que es reconocer la eficacia normativa a las costumbres extranjeras e internacionales.⁴⁰

Señaló también en el año 1957, en su obra “Derecho Comercial”, que “El comercio se ha caracterizado desde sus orígenes por una tendencia interregional que ha puesto en contactos distintos pueblos... el carácter internacional del comercio fue el que facilitó, en la edad media, la formación y tecnificación de las costumbres mercantiles comunes en todos los centros comerciales florecientes y es el que explica la unidad de principios y uniformidad de reglamentaciones que resaltan en los Códigos de Comercio.”. así mismo, vaticinó que “con esa revisión del derecho privado que está imponiendo la época moderna con sus mercados comunes o con su simple comercio internacional, va a regresar en cierta forma el derecho a sus fuentes”.

⁴⁰ PINZON, Gabino. La Costumbre Mercantil, Vol 13, Temis, 1992, p 21.

Estos comentarios de los citados doctrinantes, se han venido cumpliendo de una manera más que satisfactoria en los últimos años; a partir del hecho de que los negocios mercantiles desconocen las fronteras impuestas por los Estados, y la creciente interrelación económica, ha llevado a la aparición (a veces espontánea) de reglas propias de este tipo de actividades. Han sido particularmente en las últimas décadas, organismos internacionales de carácter gubernamental o gremial los que han dedicado su esfuerzo a permitir la consolidación de las normas propias del tráfico mercantil internacional. En particular han sido la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), el instituto para la unificación del derecho privado (UNIDROIT), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), entre otras entidades, las que mediante la adopción de convenciones internacionales, sugerencia de leyes modelo o recopilaciones de reglas generales o principios y costumbres internacionales, han permitido abrir el camino hacia la mencionada consolidación de éste derecho.

Así, el derecho mercantil ha asumido hace varios lustros en el mundo un proceso de internacionalización que tarde o temprano acaba de influir de alguna otra manera sobre el derecho local. Este hecho genera el imperativo de iniciar los estudios que permitan observar el panorama amplio del derecho que rige los negocios cada vez más globalizados e influidos por las modernas tecnologías como es el caso del Internet. Como lo hemos mencionado, el momento en que el derecho mercantil se codificó, coincide con el de nacionalización de sus normas y conllevaría a la posterior aparición del

derecho internacional privado, en principio mediante la regulación de situaciones internacionales por medio de leyes internas, y más tarde por medio de tratados, costumbre internacional y jurisprudencia. Para los aspectos mencionados aquí entendemos al derecho internacional privado como el derecho aplicable a situaciones privadas internacionales concebidas estas como aquellas relaciones jurídicas donde están presentes elementos extranjeros y que conllevan la aparición de dificultades como: la precisión o determinación de los tribunales competentes para solucionar conflictos, la legislación estatal aplicable y la eficacia de las resoluciones extranjeras.

A pesar del desarrollo que ha tenido el derecho internacional privado con su método conflictual, los comercialistas han optado por un método preventivo, consistente en la armonización y unificación de la legislación sustantiva aplicable a las transacciones mercantiles.

Sin embargo, la actividad económica, cada vez más intensa entre los pueblos, no se encuentra regulada en un régimen único y armónico al estilo de las codificaciones decimonónicas de derecho privado en los sistemas de derecho codificado de origen germánico. Por el contrario, tal normatividad se encuentra dispersa en un sinnúmero de leyes y tratados internacionales, legislación supranacional, legislación comunitaria, recopilaciones de usos y costumbres, trae recomendaciones de principios, tal como sucede con los principios de UNIDROIT para la contratación mercantil internacional.

Esta dispersión de la normatividad aplicable a los negocios internacionales, se convierte en un obstáculo jurídico y económico a la creciente liberalización comercial. Sin embargo la doctrina ha tratado de estudiar de manera armónica, sistematizada y unificada tales instrumentos normativos. Así lo expresa HERDEGEN al afirmar que “cada vez más se consolida el conjunto de normas como las cuales los ordenamientos jurídicos nacionales, el derecho internacional y el derecho de las comunidades europeas dirigirán el intercambio económico internacional. La creciente expansión del ámbito nacional económico y los esfuerzos mundiales por la reducción de los obstáculos comerciales (liberalización) llevan a dejar de lado hoy en día la consideración aislada de los complejos normativos particulares por ejemplo, el derecho internacional privado de cada estado o el derecho internacional económico”⁴¹.

Con el creciente tráfico, es normal que exista además un entrecruzamiento de las diversas normatividades estatales con vocación para reglar el negocio en concreto derivado de la soberanía que cada Estado tiene sobre sus nacionales y los bienes de propiedad de los mismos, que trae como consecuencia inmediata la regulación de los contratos por medio de los cuáles se permite la circulación de mercancías. la importancia radica en el intento de alcanzar un conjunto normativo armónico y sistemático: leyes, tratados, costumbres y contratos que regulen el tráfico de mercancías a través de diferentes países. Tal normatividad dispersa, no beneficia en nada el desarrollo del tráfico

⁴¹ HERDEGEN, Mathias. Derecho Económico Internacional. Primera Edición Latinoamericana, Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE, 1994 p 34.

mercantil, por el contrario, como se ha mencionado, lo entorpece, así se puede encontrar con respuestas jurídicas diferentes a una misma situación de hecho, tales como las normas atinentes a la capacidad, la validez y la formación de los contratos, la ejecución de las obligaciones y efectos derivados del contrato, entre otras. De esta manera surge la necesidad de contar con unas reglas uniformes que se puedan aplicar a la transacción, sin importar la naturaleza y nacionalidad de la persona interviniente en el acto, ni la ubicación de los bienes objeto del negocio, así como tampoco los diferentes sistemas políticos económicos. Se evitan así los problemas jurídicos derivados de tratar de encontrar la ley del contrato aplicable, así como el tribunal y la ley aplicable para regular el eventual conflicto jurídico que pueda surgir.

Este derecho mercantil internacional se ha venido consolidando en gran medida a expensas de la actividad legislativa de los estados con un carácter consecuentemente despolitizado, de allí el porque la fuente principal del mismo no sea la ley ni los tratados, sino la costumbre, los usos contractuales, las reglas adoptadas por instituciones gremiales, leyes modelo sugeridas por entidades internacionales, etc.

La conformación y consolidación del derecho mercantil internacional la reafirmación de la economía liberal de mercado y del instrumento jurídico que permite la circulación de la riqueza en los ámbitos nacional e internacional, que es contrato. Teniendo en cuenta los diversos intereses que se ven envueltos en los contratos internacionales y las dificultades derivadas del derecho

internacional privado en su regulación, se ha intentado con notable éxito por varias organizaciones internacionales de carácter intergubernamental y gremial, la unificación de las reglas contractuales comunes a todos los sistemas jurídicos y económicos.

Es preciso insistir en que no es una sola la fuente del derecho mercantil internacional o *lex mercatoria* actual, como podría pensarse a partir sobre todo de algunas definiciones doctrinales. Además de que son varios los métodos o sistemas de uniformización o unificación del derecho privado a nivel internacional. En cuanto a las fuentes del derecho mercantil internacional, sea tal vez una de las dificultades, que se presentan en su consolidación como categoría autónoma. Existen varios criterios dentro de la doctrina, sin precisar en principio cuál es la jerarquía de ellas, que por lo menos deberá establecerse en cada caso en particular según criterios como la especialidad de algunas normas (V. gr. Normas sobre compraventa), la existencia o no de costumbres internacionales, los pactos particulares, las reglas de derecho internacional público y privado, etc.)⁴².

Podemos enumerar las fuentes de la regulación contractual internacional, sin pretender agotarlas, sino tan solo observando la realidad de las transacciones internacionales. Tales fuentes serían en consecuencia las siguientes:

⁴² <http://www.unidroit.org>, enero 17 de 2009

- ❖ Las normas de derecho internacional público. Contenidas principalmente en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, que se aplica a los tratados entre Estados, entendiendo para tales efectos por Tratado, “... un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya que consta de un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.
- ❖ Los tratados suscritos entre estados para dotar a los partícipes del tráfico de un derecho material uniforme o normas de conflicto uniformes. Como es el caso de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.
- ❖ Usos mercantiles y costumbres comunes al tráfico mercantil de que se trate.
- ❖ Condiciones Generales de los Contratos.
- ❖ Reglas adoptadas por gremios mercantiles internacionales.
- ❖ Conjunto de reglas sugeridas a los partícipes del tráfico económico para que las adopten como ley del contrato.

- ❖ Principios generales de derecho aplicables a las transacciones internacionales.
- ❖ Los precedentes jurisprudenciales, básicamente decisiones arbitrales.

4.2 LA LEX MERCATORIA Y LOS PRINCIPIOS PARA LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

No es fácil ponerse de acuerdo sobre una definición de Lex Mercatoria. Se han referido a ella como “derecho consuetudinario del comercio internacional”, cuyas normas se encuentran “en el derecho de la profesión, en los usos, costumbres y principios generales que trascienden las fronteras nacionales”. Otros consideran como “el conjunto de usos y principios que reflejan el acuerdo de las partes en los contratos internacionales”. Algunos ven en ella “un sistema jurídico híbrido cuya fuente se encuentra en el derecho nacional e internacional y en el campo, vagamente definido, de los principios generales del derecho denominado “derecho transaccional”.

La Lex Mercatoria es “anacional”, es decir, no emana de un sistema jurídico propio de un Estado Soberano. En segundo lugar, su principal componente parece constituirlo los principios generales del derecho y los usos del comercio internacional. Un tercer elemento es la fuerza obligatoria que se le reconoce por la comunidad comercial internacional.

4.2.1 El contenido de la Lex Mercatoria

Lo constituyen principios, reglas y usos.

- ❖ **Principios.** Son definidos como “directores y mandamientos generales de orden jurídico, los cuales son aplicables directamente a un hecho o a un acto jurídico, o constituye la fuente de las reglas que regulan dicho hecho o acto”. Su carácter de principios hacen que estos postulados (p. Ej. Pacta Sunt Servanda) se encuentran presentes en la totalidad de los sistemas jurídicos existentes (como en el código civil español) y aún en el derecho internacional público, al cual es ajeno la *societas mercatorum*. Sin embargo, la forma como dicho principio se materializa en cada caso nacional y el carácter con el que se aplica en el derecho internacional público, ponen de relieve la importancia de considerado un principio propio de la Lex Mercatoria, sino en su enunciado por lo menos en su aplicación.

Estos principios, por su naturaleza no permiten estipulación en contrario y priman sobre cualquier otro orden jurídico nacional.

- ❖ **Reglas.** Se entiende como reglas de la “Lex Mercatoria” como prescripciones, imperativas o supletorias, que se refieren a los hechos o

actos jurídicos en “concreto”, son corolarios de los principios. Su interpretación puede variar según cada ordenamiento jurídico.

- ❖ **Usos.** Calificarse como usos de la Lex Mercatoria “los actos de los operadores en las relaciones económicas internacionales que, en virtud de su generalización en el espacio y en el tiempo, han adquirido la fuerza de verdaderas prescripciones aplicables, aún si los interesados no lo han previsto expresamente, a menos que exista acuerdo en contrario.

Esta clasificación tripartita abarca todas las normas a las que se hará referencia a continuación.

La doctrina es casi unánime sobre la existencia de las siguientes normas como parte de la Lex Mercatoria, las cuales han sido consagradas por laudos arbitrales en su mayoría proferidos en arbitrajes sometidos al reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París. Los contratos obligan a lo que en ellos se ha estipulado (Pacta Sunt Servando). Los contratos deben ejecutarse de buena fe. Este principio también se ha aplicado a la “negociación” encaminada a solucionar un problema que ha sobrevivido durante el curso de ejecución del contrato. Solo es indemnizable el daño que es previsible. Las cláusulas del contrato deben interpretarse en el sentido que las haga eficaces (ut res magis valeat quam pereat). Es nulo el contrato obtenido mediante medios ilícitos o corrupción. Una entidad estatal no puede

contraerse a las obligaciones contraídas, alegando que era incapaz de celebrar el pacto arbitral o que dicho pacto contravino formalidades internas a las cuales la entidad estaba sujeta. Se considera que quien ejerce el control sobre un grupo de sociedades, contrata al menos para efectos del pacto arbitral, a nombre de todos los miembros del grupo. Las cláusulas de indexación son válidas. Está prohibido a una parte impedir u obstaculizar la realización de una condición suspensiva de su propia obligación. Quien ha sufrido un daño está obligado a tomar las medidas necesarias para minimizar las consecuencias del mismo.

Según Fernando Mantilla Serrano existen normas cuyo carácter de Lex Mercatoria ha sido reconocido en laudos arbitrales, pero que no recogen la unanimidad de la doctrina:

- ❖ La obligación precontractual de negociar de buena fe (culpa in contrayendo).
- ❖ No está permitido contradecirse en detrimento de otro (non concedit venire con factum proprium).
- ❖ Una parte puede considerarse liberada de sus obligaciones si la otra ha incumplido las suyas, pero solo si el incumplimiento es grave (exceptionon o adaptación del contrato (rebús sic stantibus)).

- ❖ Quien no hace valer diligentemente sus derechos, puede considerarse que ha renunciado a ellos.

Obviamente, esta remuneración no es exhaustiva. La Lex Mercatoria está en permanente evolución y nuevas normas pueden desarrollarla a medida que aumenta la divulgación de los laudos arbitrales y se fomentan las iniciativas de “codificación” por vocación internacional, tal como los usos y reglas uniformes de la “CCI” en materia de Crédito Documentario o las Reglas Uniformes de la “CCI” en materia de Garantías a la vista”.

Una lista elaborada por un laudo de la “CCI”, concurre con la mayor parte de la doctrina según Fernando Mantilla Serrano.

I-. Derecho Internacional Público: Principalmente la convención de “Viena” de 1969 sobre un derecho de los tratados. En la medida en que el derecho internacional público carece de vínculos con un poder soberano nacional de hecho, él existe para regular las relaciones entre soberanos, y su misión, aunque sin perspectiva comercial, es especialmente propicia para el desarrollo de principios de aceptación universal⁴³.

II-. Las Leyes Uniformes: La Ley Uniforme de 1964 sobre la Venta de Mercancías. En la medida en que dichas leyes recogen el consenso de los

⁴³ HERDEGEN, Mathias. Derecho Económico Internacional. Primera Edición Latinoamericana, Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE, 1994 p 54.

representantes de diversas culturas jurídicas y la experiencia del comercio internacional en un área determinada, constituyen una guía invaluable para dilucidar algunas reglas que se consideran básicas para el comercio.

III. Principios Generales del Derecho: Reconocidos por sistemas jurídicos modernos.

IV. Reglamentos de los Organismos Internacionales: Principalmente las reglamentaciones elaboradas por organismos dedicados al comercio internacional o relacionado con él. Aunque carecen de carácter vinculatorio, dichas reglamentaciones y recomendaciones pueden considerarse como reflejo de un consenso internacional.

V. Usos y Costumbres: Propios del comercio Internacional. Especial mención merece el trabajo compilatorio de la “CCI” en materia de INCOTERMS” Internacional Commercial Terms”, Crédito Documentario (reglas y usos uniformes) y Garantías a la vista (reglas uniformes).

VI. Contratos Modelo: Del tipo FIDIC (Federación Internacional de Ingenieros Consultores) para construcción, los cuales, cuando son elaborados en el seno de una institución suficientemente representativa, traducen una práctica imperante en un sector determinado del tráfico comercial internacional.

VII. Laudos Arbitrales: En la medida en que el arbitraje es el medio de solución de conflictos por excelencia en materia internacional, las decisiones arbitrales contribuyen a la formación e identificación de reglas de aplicación universal.

Los laudos arbitrales son fuente de derecho. El árbitro no sólo crea dichas reglas sino, más importante aún, en la mayoría de los casos, está llamando a aplicarlas.

Los laudos en materia internacional, que han sido publicados, muestran que los árbitros recurren a los principios, reglas y usos que componen la Lex Mercatoria que la han interpretado y que, con frecuencia creciente, se apoyan en precedentes establecidos en laudos arbitrales.

Nos manifiesta Fernando Mantilla Serrano que “no conoce ningún laudo arbitral que haya sido anulado por haberse aplicado la Lex Mercatoria en la “CCI”.

La Lex Mercatoria está presente en el comercio internacional y tanto los árbitros como los jueces, están aplicándola”.

5. CONCLUSIONES

Las cuentas corrientes datan su origen desde la antigua roma cuando los banqueros usaban una figura similar a la de la compensación; en América Latina el primer país en adoptar estas figuras contractuales en sus código fue Chile en 1865, a su vez fue adoptado por el estado soberano de Panamá, en 1869 y posteriormente por la república de Colombia, permaneciendo vigente, hasta el año de 1971, cuando comenzó a regir el código de comercio el cual desde entonces lo regula.

Siendo estos tipos contractuales tan antiguos, es en los últimos años donde ha tenido una mayor utilización por parte de comerciantes y empresarios; en los intercambios de bienes y servicios.

En la Colombia de hoy es de gran importancia las cuentas corrientes ya brindan la facilidad a los cuenta correntistas de realizar los actos de comercio y le permiten efectuar todas sus transacciones de una manera segura, confiable, y ágil.

Por parte de la cuenta corriente bancaria, nos asegura realizar todas nuestras transacciones con muchísima más seguridad que si utilizáramos el efectivo, ya que debido a los grandes transacciones que todos los días se realizan se volvería casi inimaginable el tener que realizar todos los pagos en efectivo.

En relación a la cuenta corriente mercantil, su uso se ha generalizado enormemente entre los empresarios y comerciantes, quienes persiguen que día a día que su negocio crezca, bajar los costos y por ende le genere un mejor margen de utilidades. En este sentido es el gran aporte de este tipo contractual ya que a través de las dos personas quienes por lo general son comerciantes, pactan manejar sus relaciones comerciales a través de una cuenta corriente, debido a las continuadas de negocios entre ellos. Esto representa un ahorro en procesos de facturación, cartera, cuenta de cobro y uno muy importante costos financieros con el cual nos encontramos gravados los colombianos con el impuestos a las transacciones financieras cuatro por mil, otros como son costos por traslados entre cuentas, chequeras, pago a proveedores etc.

Podemos concluir que las cuentas corrientes satisfacen las necesidades de la Colombia en crecimiento y con miras a una economía totalmente globalizada y que se adapta a las exigencias de las normas y costumbres internacionales.

BIBLOGRAFIA

BECERRA LEON, Henry Alberto. Títulos Valores. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa fe de Bogotá, 2000.

GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Temis, Tomo IV, 1987.

GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Lecciones de Derecho Comercial. Biblioteca Jurídica DIKE, 1994.

HERDEGEN, Mathias. Derecho Económico Internacional. Primera Edición Latinoamericana, Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE, 1994.

LEAL PEREZ, Hildebrando. Contratos Bancarios. Ediciones Librería del Profesional, Primera Edición, 1990.

MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón. Principios de Derecho Comercial, Séptima Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1997.

NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano. Parte General, Octava Edición, Legis, 1997.

OVIEDO ALBAN, Jorge. Campo de Aplicación y Criterios de Interpretación de la Convención de Viena de 1980. Editorial Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2001.

PAUCAR ARRUBLA, Jaime. Contratos Mercantiles. Biblioteca Jurídica DIKE, Tomo I, Séptima Edición, 1997.

PEÑA NOSA, Lisandro. Curso de Títulos Valores. Cuarta Edición, Santafé de Bogotá, Editorial Temis, 1992.

PINZON MARTINEZ, José Gabino. Derecho Comercial Cuestiones Generales y Quiebras. Editorial Temis, Bogotá, 1957.

PINZON, Gabino. La Costumbre Mercantil, Volumen 13, Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá.

RENGIFO, Ramiro. Títulos y Valores. Sexta Edición, Medellín, Editorial Señal Editora, 1992.

VALENCIA ZEA Arturo. Derecho Civil. Tomo I, Parte General y Personas, Editorial Temis, 1989.

AYUDAS BIBLIOGRAFICAS

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Convención de Viena de 1980.

Constitución Política de Colombia.

LEAL PEREZ, Hildebrando. Código de Comercio. Comentando 1ª, Edición, Santafé de Bogotá, D.C., Ediciones Fundaciones Jurídicas Colombianas, 1992.

PEÑA PEÑA, Rogelio Enrique. Código Civil Colombiano. Tomo I, Ecoe Ediciones, 1995.

Circular Básica Jurídica 007 de 1996, Superintendencia Bancaria de Colombia.

HENAO CARRASQUILLA, Oscar Eduardo. Código de Procedimiento Civil, Vigésima Tercera Edición, Editorial Leyer, 2003.

<http://www.unidroit.org>

<http://www.cisg.law.pace.edu>

www.filosofíayderecho.com

www.superbancaria.gov.co

<http://www.cinu.org.mx/onu/onu.htm>

Circular Externa 034 de 2004 de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

Código de Comercio Comentado de Legis, Catorceava Edición Enero, 2007.